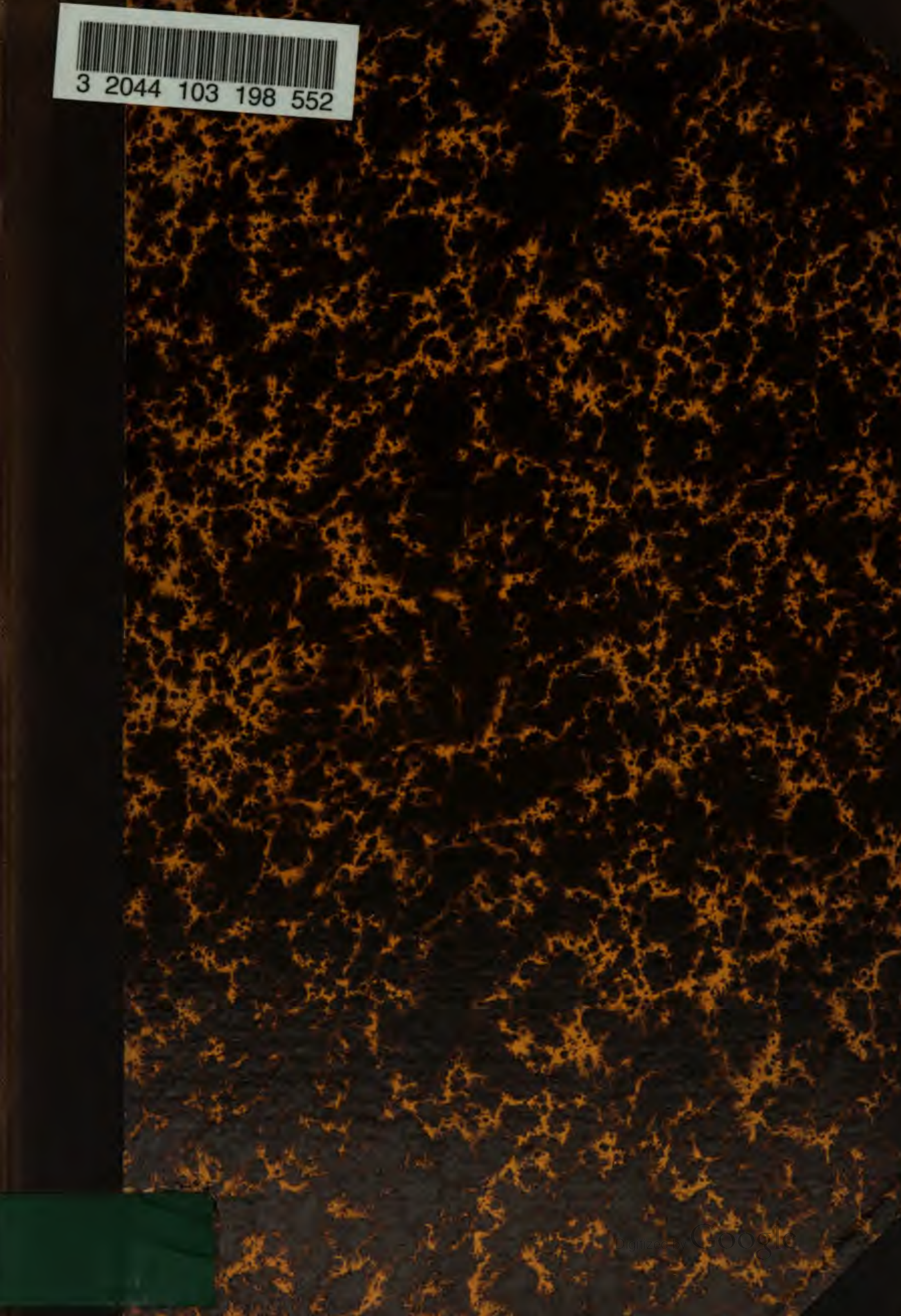


Germany

# BEITRÄGE
# ZUR URTEILSLEHRE.

VON

WILHELM KISCH
ORDENTLICHEM PROFESSOR DER RECHTE
AN DER UNIVERSITÄT STRASSBURG I. ELSASS



LEIPZIG,
VERLAG VON C. L. HIRSCHFELD,
1903.

## Vorwort.

Die nachfolgende Abhandlung beschäftigt sich mit einer Lehre, welche, früher vielfach vernachlässigt, erst seit einigen Jahren erhöhte Aufmerksamkeit auf sich zieht. Dass diese Lehre gerade jetzt in den Vordergrund tritt, ist kein Zufall. Die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, wie sie ersichtlicher Weise das Interesse für das Privatrecht überhaupt wesentlich gefördert hat, so auch den Grenzgebieten zwischen Civil- und Prozessrecht in reichstem Masse zu statten gekommen. Denn mit der Vereinheitlichung des bürgerlichen Rechtes ist nunmehr eine festere und zuverlässigere Grundlage gewonnen für die Beurteilung der zahlreichen und schwierigen Probleme, wie sie mit dem Verhältnis zwischen materiellem und formellem Rechte zusammenhängen. Dies gilt schon gleich für die wichtige Frage nach der materiellrechtlichen Bedeutung des Prozessurteils, auf welche sich diese Arbeit vornehmlich bezieht. Hier hat sich die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes namentlich in der Richtung fruchtbar erwiesen, dass sie den früher vielfach übersehenen, oder doch zur Seite geschobenen, Typus des Konstitutivurteils deutlicher hervortreten liess, und, wenigstens was seine Existenz betrifft, dem bisherigen Zweifel wohl für immer entrückte. Es galt daher zunächst, dieses ebenso eigenartige als interessante Institut nach seinem begrifflichen Wesen und seinen Anwendungsfällen genauer zu analysieren, es namentlich in seinem vollen Gegensatze zur deklarativen Entscheidung zu erfassen, und bei dieser Gelegenheit auch die letzterwähnte Kategorie mit ihren Unterabteilungen des Feststellungs- und Leistungsurteiles näher abzugrenzen.

Da nun die Gegenüberstellung von deklarativem und konstitutivem Urteil auf der verschiedenen Art und Weise beruht, in

welcher die prozessuale Entscheidung auf die civilrechtlichen Verhältnisse einwirkt, so ergab sich, von diesem Gesichtspunkte aus, sofort der Zweifel, ob denn hiermit die Systematik der Civilurteile auch erschöpfend abgeschlossen wäre. Liessen sich, wenn man den Einfluss des Urteils auf das Privatrecht zum Einteilungsprinzip machte, nicht noch weitere Entscheidungsarten denken und in unserem geltenden Rechte ausfindig machen?

Dass diese Frage zu bejahen sei, wollen die folgenden Zeilen nachzuweisen versuchen. Dieselben werden wohl, — das verhehlt sich ihr Verfasser in keiner Weise — mannigfachen Widerspruch zu gewärtigen haben. Ob sie sich diesem gegenüber durchzusetzen im stande sind, ist von Anderen zu entscheiden. Mögen sie aber vor der Kritik bestehen oder nicht, in beiden Fällen würden sie, wenn sie zu anderweitiger erneuter Erörterung der zur Diskussion gestellten Fragen Anlass geben könnten, eine Klärung und Förderung der behandelten Lehre erhoffen lassen. Und schon dies wäre für unsere Wissenschaft des Gewinnes genug.

Die beiden ersten Paragraphen der Abhandlung sind bereits in der Strassburger Festschrift zu A. S. Schultzes siebenzigstem Geburtstag veröffentlicht worden. Die in ihnen enthaltenen Ausführungen über das Verhältnis von Leistungs- und Feststellungsurteil konnten keinem Gelehrten gewidmet werden, der sich gerade um diese Frage verdienter gemacht hätte, als mein verehrter Meister.

Strassburg, den 1. Mai 1903. Wilhelm Kisch.

# Inhaltsverzeichnis.

Seite

## Zweiter Abschnitt.

### Die Urteile mit prozessrechtlichem Gegenstande.

## § 1. Einleitung.

Der Civilprozess nimmt im Rechtssystem keine selbständige, sondern eine abhängige Stellung ein. Er findet seinen Zweck nicht in sich selbst, sondern in der Beziehung zu anderen Rechtsteilen, hauptsächlich zu dem materiellen Privatrecht. Und zwar dient er dem Schutz desselben in doppelter Richtung. Einmal gewährleistet er als allgemeines Rechtsinstitut den Bestand der objektiven Privatrechtsordnung, deren Gebote ohne die Möglichkeit faktischer Verwirklichung von vorneherein zu blossen Lehrsätzen herabsinken würden. Sodann garantiert er im besonderen Falle die Durchführung der einzelnen subjektiven Privatrechte, die erst mit der Erzwingbarkeit ihre begriffliche Vervollständigung und ihre wirtschaftliche Verwertbarkeit erlangen [1]. Er bildet insofern eine, wenn auch sekundäre, so doch notwendige Ergänzung der materiellen Normen. Er ist das öffentlich-rechtliche Institut zur Verwirklichung des Privatrechtes [2].

I. Sein normales Ergebnis wird gebildet durch ein Civilurteil. Dieses lässt sich von zwei Seiten aus betrachten. Das

1) Vgl. Schultze, Privatrecht und Prozess I, S. 50f.

2) Von diesem als dem normalerweise anzuwendenden Recht soll im folgenden hauptsächlich die Rede sein. Soweit öffentlich-rechtliche Beziehungen den Gegenstand des Civilprozesses bilden, können die im Text entwickelten Sätze entsprechende Übertragung finden. Nur dass eben hier nicht das private, sondern das öffentliche Recht als das durch den Prozess zu schützende materielle Recht erscheint. Nichts anderes gilt für den speziellen Fall, dass in einem besonderen Rechtsstreit über eine prozessuale Frage zu entscheiden ist, z. B. bei der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel. Hier ist der einzelne Prozess seinerseits nur Mittel zur Durchführung eines prozessualen Rechtssatzes. Er steht zu diesem in dem gleichen Abhängigkeitsverhältnis, wie der normale Prozess über Privatrechtsverhältnisse seinerseits zu der materiellen Rechtsnorm.

eine Mal als rein prozessuales Gebilde, d. h. in seinem Verhältnis zu dem voraufgegangenen Rechtsstreit, das andere Mal als materiell erheblicher Thatbestand, d. h. in seiner Einwirkung auf eine ausserprozessuale Rechtsbeziehung.

1. Aus dem ersteren Gesichtspunkte betrachtet, hat es überall eine konstante, von seinem wechselnden materiellen Inhalt unabhängige Bedeutung. Es bildet die (vollständige oder teilweise) Entscheidung über den Klagantrag. Es erscheint als der Abschluss eines Prozessverfahrens, als das regelmässige Ziel und Ergebnis, auf welches die übrigen Prozesshandlungen, einschliesslich jenes Antrages, mittelbar oder unmittelbar gerichtet sind, und aus welchem heraus sie deshalb in letzter Linie allein verstanden werden können[3]).

Innerhalb dieses prozessualen — materiell ganz farblosen — Begriffes werden nun wiederum, je nach den gewählten Einteilungsgründen, die mannigfaltigsten Unterscheidungen gemacht. So zwischen vorläufigen und endgültigen, bedingten und unbedingten, kontradiktorischen und Versäumnisurteilen, Zwischen- und Endurteilen, Teil- und Vollurteilen u. a. m. Dahin gehört auch die wichtige Einteilung in abweisende und zusprechende Urteile, die ebenfalls eine prozessuale insofern ist, als sie lediglich auf einem verschiedenen Verhältnis zu dem gestellten Antrag beruht. In allen diesen Fällen lassen sich Begriff und Arten des Urteils vollkommen richtig bestimmen, ohne dass auf die Beziehungen des Prozesses zu anderen Rechtsgebieten überhaupt zurückgegangen werden müsste.

2. Anders, wenn man den zweiten Gesichtspunkt zu grunde legt, wenn man also die Einwirkung ins Auge fasst, die ein zusprechendes Civilurteil auf die ausserprozessualen Verhältnisse ausübt. Hier erscheint dasselbe nicht mehr als formell-prozessualer Thatbestand, sondern als Träger eines bestimmten materiellen Inhaltes. Nunmehr handelt es sich nicht um seine Stellung innerhalb des Rechsstreits, sondern um seinen Einfluss auf eine ausserhalb desselben gegebene Beziehung; nicht um seine Bedeutung für das Verfahren im ganzen und für dessen einzelne Prozesshandlungen, sondern um seine Einwirkung auf das zu entscheidende Rechtsverhältnis. Bei dieser Betrachtungsweise muss

---

3) S. A. S. Schultze, Konkursrecht S. 148; Hellwig, Lehrb. S. 45 Anm. 4; Bülow, Geständnisrecht S. 84f., letzterer freilich mit unrichtigen Folgerungen.



naturgemäss die oben bezeichnete Stellung des Civilprozesses im Rechtssystem die allergrösste Wichtigkeit gewinnen.

Denn, wenn das Institut des Prozesses im ganzen, verglichen mit anderen Rechtsteilen, einen bloss sekundären Charakter hat, so muss das Gleiche für das Urteil als sein Ergebnis gelten. In der That hat nun auch dieses, vom ausserprozessualen Gesichtspunkt aus betrachtet, niemals eine eigene selbständige Wirkung in dem Sinne, dass es von einer konkreten Rechtsbeziehung überhaupt absehen könnte. Seine Dispositive kann, für sich allein genommen und von dem angewendeten Rechtssatz losgelöst, niemals richtig erfasst werden. Vielmehr muss das Urteil Inhalt und Bedeutung einem ausserhalb des Rechtsstreits liegenden Faktor entnehmen, nämlich dem materiellen Gegenstand[4]), über den es zu befinden hat. Erst durch diesen gewinnt es sein Objekt, seinen rechtlichen Gehalt und seine Tragweite. Wie der Prozess im ganzen seine Rechtfertigung und Grundlage in der materiellen Privatrechtsordnung findet, so erlangt das konkrete Urteil seine volle Geltung erst durch seine Beziehung zu dem ausserprozessualen Gegenstand, bezüglich dessen es eine Entscheidung trifft[5]).

II. Diese Beziehung ist es denn auch, die für den allgemeinen (nicht formell-prozessualen) Begriff des Urteils massgebend sein muss. Derselbe kann nur in der Weise ermittelt werden, dass man die Einwirkung der sämtlichen denkbaren Civilurteile auf die materiellen Verhältnisse induktiv erforscht, die gewonnenen Resultate vergleicht und die bei allen Fällen gleichmässig wiederkehrenden Punkte feststellt. Was dann als allgemein gültiges Ergebnis gefunden wird, bildet das gesuchte wesentliche Begriffsmerkmal.

In den folgenden Erörterungen, die nicht den Urteilsbegriff überhaupt zum Gegenstande haben, kann eine solche Einzeluntersuchung nicht angestellt werden. Vielmehr müssen wir uns hier damit begnügen, den allgemeinen Grundsatz anzugeben, zu welchem

---

4) Unter „Gegenstand" verstehen wir hier im allgemeinsten Sinne alles dasjenige, über was ein Urteil überhaupt entscheiden kann: also je nachdem: Thatsache, Rechtsverhältnis, Anspruch u. s. w.

5) Der Urteilssatz z. B., nach welchem der Beklagte zur Zahlung von 100 M. an den Kläger verurteilt wird, ist, für sich allein betrachtet, völlig farblos. Er ist nur dann richtig zu verstehen, wenn man zugleich das konkrete Rechtsverhältnis kennt, auf das er sich bezieht, also weiss, auf welchem Rechtssatz und auf welchem Thatbestand jene Schuld beruht. Er setzt mit anderen Worten voraus, dass schon ausserhalb des Prozesses und unabhängig von ihm eine bestimmte Rechtsbeziehung besteht, über welche das Urteil entscheidet.

sie führen würde. Danach liegt das Wesen des Urteils in der rechtskraftmässigen Unabänderlichkeit, mit der eine konkrete rechtserhebliche Beziehung für die Zukunft festgelegt wird[6]).

Unter diese absichtlich sehr allgemein gefasste Formel dürften sich einerseits alle Urteilsarten des modernen Rechtes unterbringen lassen. Andererseits lässt sie sich bei der Mannigfaltigkeit des möglichen Urteilsinhaltes wohl kaum durch eine präzisere ersetzen. Denn die festzulegende Beziehung kann eine sehr verschiedenartige sein. Sie ist, was ihren allgemeinen Charakter betrifft, in gewissen Fällen eine Thatsache, in anderen ein Rechtsverhältnis, in anderen wiederum ein Anspruch, eine rechtlich erhebliche Eigenschaft u. s. w. Sie kann (— darin liegt ein weiterer Unterschied —) schon vor dem Urteil und unabhängig von ihm bestehen oder erst durch dasselbe eine nähere Ausgestaltung erfahren. Sie kann, je nach ihrer Beschaffenheit, die mannigfaltigsten Wirkungen haben. Kurz, sie ist ebenso vielgestaltig als die Rechtsfolgen, wie sie von der objektiven Rechtsordnung an irgend einen Thatbestand überhaupt geknüpft werden können. Überall aber wird sie durch das Urteil in der einen Beziehung gleich beeinflusst, dass sie nämlich künftighin nach Massgabe der Rechtskraftgrundsätze so zu gelten hat, wie sie durch das Gericht in autoritativer Weise festgelegt ist.

III. Innerhalb des so bestimmten Urteilsbegriffs lassen sich nun besondere Arten unterscheiden. Dabei sind die denkbaren Einteilungen wiederum ebenso zahlreich als die demselben zu grunde gelegten Gesichtspunkte.

So kann man als Unterscheidungskriterium die Art der festzulegenden Beziehung wählen. Dann ergäbe sich etwa die Trennung in Urteile, die sich auf Thatsachen, solche, die sich auf Rechtsverhältnisse, solche, die sich auf Ansprüche, solche, die sich auf rechtlich erhebliche Eigenschaften einer Person u. s. w., beziehen. Legt man das Verhältnis zu den durch die Festlegung gebundenen Personen zu grunde, so kann man unterscheiden zwischen Urteilen, die bloss zwischen den Parteien, und solchen, die auch gegenüber Dritten ihre festlegende Kraft haben. Betont man den Gesichtspunkt, ob die festzulegende Beziehung bejaht oder verneint wird, so gewinnt man den

6) Ähnlich die Formel bei Schultze, Konkursr. S. 148; Zeitschr. für Civilprozess (im folgenden immer als „Zeitschr." citiert) B. 12 S. 473.

Gegensatz zwischen positiven und negativen Urteilen u. s. w. Von allen diesen Arten, die sich noch erheblich vermehren liessen, soll hier nicht die Rede sein.

Wir haben es bei den folgenden Untersuchungen mit einer anderen Unterscheidung zu thun. Wie oben bereits ausgeführt, ist allen Urteilen gemeinsam die für die Zukunft bindende Festlegung einer bestimmten ausserprozessualen Beziehung. Darin kann die allgemeine oder abstrakte Funktion des Urteils gefunden werden.

Nun hat aber die Festlegung selbst nicht überall die gleiche materiell-rechtliche Bedeutung. Sie enthält bald eine intensivere, bald eine schwächere Einwirkung auf die geregelte Beziehung. Das Urteil, durch welches sie erfolgt, kann die ausserprozessualen Thatbestände und Rechtsverhältnisse, über die es zu entscheiden hat, in der verschiedensten Weise beeinflussen.

Dies ergiebt sich ohne weiteres, wenn man die materiellrechtliche Sachlage ins Auge fasst, wie sie vor und nach dem Urteil sich gestaltet. Ein solcher Vergleich lehrt auf das Deutlichste, dass die Veränderung, die sich an die ergangene Entscheidung knüpft, keineswegs überall die gleiche ist, sondern, je nach Lage des Falles, eine äusserst verschiedene und mannigfaltige sein kann. Das Urteil z. B., welches feststellt, dass eine Ehe nicht bestehe, hat offenbar eine ganz andere Bedeutung als dasjenige, welches die Ehe scheidet. Und der Richterspruch, der den Beklagten zur Leistung von 100 verurteilt, hat einen völlig anderen Inhalt als derjenige, der die von einem Beteiligten unbilligerweise auf 200 festgesetzte Leistung nunmehr auf 100 reduziert.

Bezeichnet man, entsprechend dem früher gewählten Ausdruck, diese Einwirkung des Urteils auf die frühere Rechtslage, sein Verhältnis zu der ausserprozessualen Beziehung, als die besondere oder konkrete Funktion desselben, so kann man die Formel aufstellen, dass die allgemeine Funktion des Urteils eine einheitliche und konstante, die besondere Funktion desselben dagegen eine verschiedene und variable ist.

IV. Von dieser letzteren soll nun hier des Näheren gehandelt werden. War schon, wie bereits oben dargelegt, die allgemeine Funktion des Urteils für die Bestimmung seines Wesens von der grössten Bedeutung, so lässt sich erwarten, dass seine besonderen

Funktionen einen brauchbaren und wissenschaftlich fruchtbaren Einteilungsgrund für die Unterscheidung seiner einzelnen Arten abzugeben geeignet sind.

So stellen wir uns im folgenden die Frage: Welches sind die verschiedenen Arten, in denen ein Urteil auf die ausserprozessualen Beziehungen einwirken kann? Welche Aufgaben erfüllt also der Richter mit Bezug auf die materiellen Verhältnisse, über die er entscheidet? Und welche Kategorien von Urteilen lassen sich aus diesem Gesichtspunkte bilden?

Es liegt auf der Hand, dass diese Einteilung eine andere ist, als die früher erwähnten Unterscheidungen. Sie ist zunächst unabhängig von der Art der festzulegenden Beziehung. Die besondere Funktion des Urteils kann dieselbe sein, während sein Gegenstand ein verschiedener ist. Vergleicht man z. B. die Urteile auf Feststellung einer Thatsache (— z. B. der Echtheit einer Urkunde —) und auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, so haben die beiden völlig andere Objekte (Thatsache — Rechtsverhältnis), aber eine und dieselbe Funktion (Deklaration). Und umgekehrt können zwei Urteile (— z. B. auf Scheidung und auf Feststellung des Nichtbestehens einer Ehe —) bei gleichem Gegenstand (— nämlich Eheverhältnis —) eine verschiedene Funktion haben: das eine Mal Konstituierung, das andere Mal Konstatierung.

Ebensowenig deckt sich unsere Unterscheidung mit derjenigen zwischen Urteilen, die in ihrer Rechtskraft auf die Parteien beschränkt sind, und solchen, die gegenüber Dritten wirken. Und schliesslich hat sie nichts zu thun mit dem Gegensatz zwischen positiven und negativen Urteilen. Denn, wie sich vielfach eine und dieselbe Funktion (z. B. Feststellung) bei bejahenden und verneinenden Urteilen findet, so können mehrere Entscheidungen mit positivem Inhalt (z. B. auf Bewirkung einer Leistung, auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, auf Ausgestaltung einer Rechtsbeziehung u. s. w.) bei dem hier gewählten Einteilungsgrund ganz verschiedenen Kategorien angehören.

V. Die folgende Untersuchung beschränkt sich bewusst auf das positive deutsche Recht. Nur auf diesem engeren Gebiete können ihre Ergebnisse Verwertung finden. Sie beanspruchen keine ausnahmslose und absolute Richtigkeit. Denn, wenn schon der Civilprozess in seinen allgemeinen Aufgaben und in seinem begrifflichen Wesen nicht ein für alle Mal feststeht, sondern unter dem Einfluss der verschiedensten Faktoren: der Kulturzustände,

der staatlichen Verfassung, der grösseren oder geringeren Entwickelung des materiellen Rechtes u. s. w., nach Zeit und Ort wechseln kann [7]), so hat dies erst recht von dem Begriff des Urteils und noch mehr von seinen einzelnen Arten zu gelten. Insbesondere kann seine Einwirkung auf die einzelnen materiellen Verhältnisse nur vom Standpunkt eines bestimmten Civil- und Prozessrechtes richtig erfasst und konstruiert werden [8]).

Aber auch die einzelne Rechtsordnung wird uns niemals ein fertiges und geschlossenes Bild zu bieten im stande sein. Denn sie verwirklicht keineswegs alle Urteilsformen, die sich von dem gewählten Gesichtspunkt aus logisch überhaupt denken liessen. Vielmehr begnügt sie sich mit denjenigen Urteilstypen, die sie aus Erwägungen der Gesetzgebungspolitik für ihre besonderen praktischen Zwecke gerade als brauchbar erachtet. Auf diese Formen muss sich demnach eine Darstellung beschränken, welche, wie die vorliegende, nur die Erkenntnis des positiv geltenden Rechtes erstrebt. Hierbei darf aber nicht aus dem Auge gelassen werden, dass damit die begrifflich möglichen Urteilsarten keineswegs erschöpft sind, dass vielmehr neben ihnen noch die verschiedensten Gebilde konstruiert und in Rechten anderer Zeiten oder Völker auch thatsächlich verwirklicht sein können.

VI. Wie sehr unter dem Einfluss des jeweiligen Rechtszustandes die Vorstellungen über die Urteilsarten wechseln können, zeigt schon die Dogmengeschichte der letzten Jahrzehnte. Auf sie soll daher noch eingegangen werden, wenn auch nur so weit, als zur Einsicht in den gegenwärtigen Stand der Frage nötig erscheint.

1. Der bei weitem häufigste Inhalt der zusprechenden Entscheidung ist die Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung. Dem entspricht die Kategorie des Leistungsurteils (— auch Verurteilungs-, kondemnatorisches, Vollstreckungsurteil u. s. w. genannt —). Und diese Kategorie ist es denn auch, mit der sich

---

7) Die Erkenntnis dieser Relativität des Prozessbegriffs ist namentlich angebahnt und gefördert worden durch das Werk von A. S. Schultze, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung I (1883), wo der angegebene Gesichtspunkt energisch betont und rechtsgeschichtlich erwiesen ist.

8) Beispiele sind leicht zu geben. So hat das Ehescheidungsurteil nach französischem Recht deklarative, nach deutschem Recht konstitutive Bedeutung. Und umgekehrt ist das Teilungsurteil im gemeinen Rechte konstitutiv, während es heute bloss konstatierenden Inhalt hat.

die Prozesswissenschaft vor Einführung der Reichscivilprozessordnung, bis auf wenige Ausnahmen, allein beschäftigte. Sie war es, die zur Bestimmung des Prozessbegriffes allein verwertet wurde.

Danach wurde als ausnahmsloser Gegenstand des Prozesses ein civilrechtlicher Anspruch gegen den Beklagten angesehen. Voraussetzung des „Rechtsstreits“ in diesem Sinne war die Verletzung eines solchen subjektiven Rechtes, Ziel des Prozesses seine zwangsweise Befriedigung, eigentlicher Zweck des Urteils die Vorbereitung der Vollstreckung, wesentlicher Inhalt desselben der Befehl an den Beklagten, freiwillig zu leisten [9], widrigenfalls mit den staatlichen Zwangsmitteln gegen ihn vorgegangen würde.

Zwar konnte sich die Theorie nicht durchgängig der Einsicht verschliessen, dass es auch schon vom Standpunkt der damaligen Gesetzgebung gewisse Entscheidungen gab, die nicht auf Verurteilung zu einer Leistung, sondern auf blosse Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet waren. Namentlich musste die Wissenschaft des gemeinen Prozessrechtes derartige Gebilde in seinen sog. Präjudizien bezw. Statusklagen anerkennen. Und auch die Rechtsprechung sah sich unter dem Zwang des praktischen Bedürfnisses veranlasst, vereinzelte Entscheidungen zu treffen, die nicht die Herbeiführung des Vollstreckungserfolgs, sondern die blosse Deklaration einer rechtserheblichen Beziehung zum Ziele hatten. Allein solche Erscheinungen wurden immerhin als unerhebliche Ausnahmen betrachtet, die für das Wesen des Civilurteils nicht entscheidend sein dürften, ja demselben als begriffswidrige Anomalien geradezu widersprächen.

Dieser Standpunkt war noch der vorherrschende, als die Reichscivilprozessordnung eingeführt wurde, und er ist auf dieses Gesetzbuch auch insofern nicht ohne einen gewissen Einfluss geblieben, als dasselbe an mehreren Stellen von einseitiger Betonung des Leistungsurteils ausgeht und zu vergessen scheint, dass es selbst neben diesem eine neue Art von Entscheidungen als gleichberechtigt anerkennt.

2. Die deutsche CPO. hat nämlich das Institut der Feststellungsklage, das bisher nur zaghaft und auf einzelnen partikularrechtlichen Gebieten zugelassen worden war, mit aller Entschiedenheit und für ganz Deutschland gleichmässig anerkannt.

---

9) Hier liegt die letzte Wurzel der Theorie von dem Urteilsbefehl.

Diese weittragende Neuerung ist enthalten in dem bekannten § 231 der alten CPO. (= 256 neuer Fassung), der lautet:

„Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Echtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde."

Der hierdurch geschaffenen Sachlage musste sich naturgemäss auch die Prozesstheorie anbequemen. Diese sah sich nunmehr gezwungen, ihr Klage- und Urteilssystem entsprechend zu erweitern und neben den bisherigen Entscheidungstypus einen zweiten zu stellen. Demnach unterschied sie jetzt zwei Arten von Urteilen, solche auf Leistung — Befriedigung eines Privatrechtsanspruchs — und solche auf positive oder negative Feststellung eines Rechtsverhältnisses bezw. einer rechtserheblichen Thatsache (nämlich der Urkundenechtheit).

Begreiflicherweise war man der Neuerung gegenüber zunächst bestrebt, die Eigentümlichkeiten derselben zu erfassen und ihre Unterschiede von der bisher allein berücksichtigten Form ausfindig zu machen. So kam man dazu, zwischen beiden Instituten einen scharfen, in allen prozessualen Beziehungen durchgreifenden Gegensatz aufzustellen. Bei den Leistungsklagen — so führte man aus — ist Gegenstand des Rechtsstreits ein privater Leistungsanspruch, bei dem Feststellungsurteil ein Rechtsverhältnis. Dort richtet das Urteil eine Anweisung an den Beklagten: es wirkt auf dessen Willen ein. Hier erstrebt es eine blosse Deklaration: es wendet sich an die Vorstellung. Dort tritt es als Befehl, hier als Feststellung auf. Dort will es die Vollstreckung, also eine Rechtsänderung, vorbereiten; hier beschränkt es sich auf die Bekräftigung der unverändert bleibenden Rechtslage. Dort soll eine Rechtsverletzung nach ihrem Eintritt beseitigt, hier eine solche für die Zukunft verhindert werden. Kurz, in beiden Fällen ist die besondere Funktion des Civilurteils völlig verschieden.

Die geschilderte einseitige Hervorkehrung der Gegensätze wurde jedoch dem Wesen der Sache nicht gerecht. Sie vergass über den Verschiedenheiten die gemeinsamen Merkmale, und zerstörte durch ihren Dualismus die Einheitlichkeit des Urteilsbegriffs. Dieser wiederum zu ihrem Rechte verholfen zu haben, ist das Verdienst von A. S. Schultze. Er ist es, der zuerst

mit Entschiedenheit betont und überzeugend nachgewiesen hat, dass Leistungs- und Feststellungsurteile, richtig verstanden, die gleiche juristische Natur haben, dass sie beide nichts anders bedeuten, als rechtskräftige Konstatierung einer schon ausserhalb des Prozesses kraft objektiven Rechtes eingetretenen Folge, dass sie sich demnach nur durch diese Rechtsfolge, also durch ihren Gegenstand, nicht dagegen durch ihre Funktion voneinander unterscheiden. (Das Nähere unten in § 2.)

Seine Theorie ist, trotz einzelner Abweichungen in Nebenpunkten, ihrem rechtlichen Kerne nach allgemein angenommen worden und wird heute kaum mehr angezweifelt.

3. Die hiermit gewonnene einheitliche Kategorie der deklarativen oder Feststellungsurteile im weiteren Sinn umfasste nun zwar die grosse Mehrzahl aller Entscheidungen, aber auch sie war, trotz ihres weiten Umfanges, nicht geeignet, sämtliche Urteilsformen des positiven Rechtes zu decken. Denn man musste erkennen, dass in einer Reihe von Fällen, als deren Prototyp das Ehescheidungsurteil erschien, der Richterspruch sich nicht mit der Anerkennung einer bereits eingetretenen Rechtsfolge begnügt, sondern selbst an der Gestaltung der konkreten Rechtsverhältnisse mitwirkt. Hier konstatiert das Urteil nicht, was schon ist, sondern es schafft etwas neues, früher nicht vorhandenes. Es hat in diesem Sinne nicht bloss deklarative, sondern konstitutive Bedeutung.

Diese Urteilsart hat nun, wie schon vor ihr das Feststellungsurteil, zunächst um ihre Existenz kämpfen müssen. Selbst, wo sie sich schliesslich durchsetzte, musste sie sich noch lange, ja bis in die neueste Zeit hinein, als störender und unerwünschter Eindringling in das wohlgefügte System, als begriffswidrige Singularität behandeln lassen.

Und auch hier war es interessanter Weise wiederum eine Gesetzeskodifikation, die ihr endgültige Anerkennung verschaffte, nämlich das Bürgerliche Gesetzbuch [10]). Dasselbe fügte nämlich zu den bereits in anderen Reichsgesetzen vorhandenen eine Reihe von so unzweifelhaften Fällen des Konstitutivurteiles hinzu, dass die Berechtigung dieser neuen Kategorie ein für allemal erwiesen war.

Dieselbe wird nun auch fast allgemein als besondere Urteilsart

10) In dieser Beziehung hat also die Gesetzgebung in gewissem Sinne die Wissenschaft überholt, ein schlagender Beweis dafür, dass Kodifikationen der wissenschaftlichen Forschung nicht notwendig Abbruch thun, sondern ihr auch Förderung bringen können.



den übrigen angereiht. Und zwar wird sie, was ihre systematische Gliederung betrifft, den Feststellungsurteilen im weiteren Sinne — umfassend Leistungsurteil und Feststellungsurteil im engeren Sinne — als eine von ihnen verschiedenartige Gruppe gegenüber gestellt. Den Entscheidungen, die Vorhandenes bestätigen, treten diejenigen gegenüber, die Neues schaffen. So ergiebt sich an Stelle der früheren Zweiteilung ein neuer Dualismus, derjenige zwischen konstitutiven Urteilen auf der einen, deklarativen auf der anderen Seite[11]).

In dieser Gestalt tritt uns diese neueste Systematisierung der Urteile bei einem ihrer berufensten Vertreter entgegen. Hellwig, Rechtskraft S. 1 sagt: „Die gerichtsbarkeitlichen Akte, durch welche die Organe der Staatsgewalt die Aufgabe des Civilprozesses (die Gewährung des Privatrechtschutzes) erfüllen, sind entweder Feststellungs- oder Rechtsgestaltungsakte. Jene enthalten einen Ausspruch darüber, ob das Rechtsverhältnis, welches den Gegenstand der Aburteilung bildet, besteht oder nicht besteht. . . . Die Rechtsgestaltungsakte aber sollen vorhandene civilrechtliche oder prozessuale Zustände verändern, sie sollen neue Rechtswirkungen erzeugen, indem sie Rechtsverhältnisse in das Leben rufen, oder bestehende inhaltlich verändern oder ganz aufheben.“

VII. Überblicken wir die bisherige Entwickelung, so erkennen wir, dass sich dieselbe gleichmässig in einer und derselben Richtung bewegt, nämlich in der Richtung einer stets fortschreitenden Spezialisierung der Urteilsarten, oder, um die früher vorgeschlagenen Ausdrücke zu verwenden, in der Richtung einer zunehmenden Differenzierung der besonderen Urteilsfunktionen. Dabei ist aber sofort dem Zweifel Raum gegeben, ob die Urteilstheorie mit der Ermittelung der konstitutiven Entscheidungen ihren endgültigen Abschluss erreicht hat.

Diese Frage dürfte m. E. zu verneinen sein. Und zwar aus zwei Gründen. Einmal umfasst jene Kategorie zu viel. Sie vereinigt nämlich, wenigstens in der Gestaltung, die ihr heute gegeben

11) Nur diejenigen Schriftsteller, die zwischen Leistungs- und Feststellungsurteilen einen funktionellen Unterschied behaupten, müssen aus den Konstitutivurteilen eine dritte Gruppe bilden. So z. B. Langheineken, Urteilsanspruch S. 93ff. Allein gegen diese Dreiteilung spricht das gewichtige Bedenken, dass sie offenbar verschiedene Einteilungsprinzipien vermengt. Den drei Begriffen: Feststellung, Verurteilung, Rechtsänderung fehlt es an dem gemeinsamen Gesichtspunkte, auf Grund dessen sie als logisch gleichgeordnete Dinge nebeneinander gestellt werden dürften.

wird, nicht bloss gleichartige, sondern auch ganz thereogene Entscheidungsformen in sich. Sie ist, was sich aus der dargelegten Dogmengeschichte leicht erklärt, zu einer Sammelkategorie geworden, in die man alles das einzureihen bemüht ist, was sich unter die Begriffe des Leistungs- und Feststellungsurteils nicht wohl unterbringen lässt. Hierbei kann es dann nicht ausbleiben, dass man auch solche Entscheidungen hierher zieht, die zwar gewiss nicht deklarative Natur, aber darum noch lange nicht die Merkmale des — richtig begrenzten — Konstitutivurteils an sich zu tragen brauchen.

Schon daraus ergiebt sich — und dies führt uns zu dem zweiten Bedenken —, dass es neben den bisher erwähnten noch weitere Arten des Urteils geben muss. Zu dem gleichen Ergebnis gelangen wir aber auch aus einer anderen Erwägung. Das Einteilungsprinzip, auf welchem die Unterscheidung der deklarativen und konstitutiven Urteile beruht, ist ihre Beziehung zu den materiellen Rechtsverhältnissen, die sie in dem einen Falle lediglich konstatieren, in dem anderen näher ausgestalten. Liegt nun nicht die Vermutung nahe genug, dass es neben diesen beiden Fällen noch andere Kombinationen giebt?

Kann nicht die Gesetzgebung dem Civilrichter, abgesehen von reiner Konstatierung oder reiner Gestaltung der materiellen Rechtslage, nicht noch andere Aufgaben zuweisen? Wäre z. B., um hier nur einzelne Möglichkeiten zu erwähnen, nicht ein Urteil dergestalt denkbar, dass es eine bestimmte Rechtsfolge weder für sich allein begründet (konstitutiv), noch auch die bereits eingetretene lediglich deklariert (feststellend), dass es aber die Rechtsfolge, die der Gesetzgeber an eine eingetretene Thatsache an und für sich (ausserprozessual) knüpft, gewissermassen in Ergänzung des objektiven Rechtes, bestimmungsgemäss zur vollen Geltung bringt, dass es also zu dem schliesslichen Erfolg nicht im Verhältnis der wirkenden Ursache, sondern der auslösenden Bedingung steht? Oder lässt sich nicht eine Entscheidung vorstellen, welche bloss die Aufgabe hätte, eine Rechtsfolge, die der Gesetzgeber für die Regel an einen bestimmten Thatbestand knüpft, im Einzelfalle auszuschliessen und, gewissermassen unter Verbesserung des Gesetzes, durch eine andere zu ersetzen?

Der Nachweis, dass in der That derartige Sonderbildungen existieren, soll im folgenden versucht werden. Gelingt derselbe, so ist damit festgestellt, dass zahlreiche Fälle, die man den Kon-

stitutivurteilen zuweist, in Wirklichkeit ebensowenig zu diesen wie zu den rein deklarativen Urteilen gehören, vielmehr weiteren besonderen Urteilskategorien zugewiesen werden müssen. Mit anderen Worten: es giebt, wenn man die Civilurteile nach dem Gesichtspunkte ihrer besonderen Funktionen unterscheidet, zahlreichere Arten, als gemeinhin angenommen zu werden pflegt.

Diese Thatsache hätte an sich nichts Bedenkliches. Sie wäre einerseits keineswegs geeignet, die Einheitlichkeit des Urteilsbegriffs zu zerstören. Denn die aufzustellenden Arten haben, bei aller Verschiedenheit im einzelnen, sämtlich genügend gemeinsame Merkmale aufzuweisen, um sich unter einen einheitlichen Urteilsbegriff bringen zu lassen. Sie würde andererseits für die den mannigfaltigsten Lebensbedürfnissen angepasste Vielgestaltigkeit und für den Formenreichtum unseres geltenden Rechtes einen weiteren erfreulichen Beweis bieten.

VIII. Was schliesslich die Disposition der folgenden Darstellung betrifft, so zerfällt dieselbe in zwei nach ihrem Gegenstande von selbst unterschiedene Abschnitte. Die Civilurteile können sich nämlich entweder auf privatrechtliche oder auf prozessuale Thatbestände beziehen [12]), d. h. entweder eine Frage des materiellen, oder eine solche des Prozessrechtes zu lösen haben. Es empfiehlt sich nun, beide Arten von Entscheidungen getrennt zu behandeln. Das Schwergewicht unserer Abhandlung wird naturgemäss auf die erste, nach Anwendungsgebiet und Bedeutung ungleich wichtigere Kategorie zu legen sein. Auf die andere wird dann im zweiten Abschnitt nur ganz im allgemeinen und nur zu dem Zweck eingegangen werden, um zu zeigen, dass die bei der ersten Gruppe gewonnenen Arten der Entscheidung grösstenteils auch auf dem rein prozessualen Gebiete wiederkehren. Insofern kann der Inhalt dieses letzteren Teils zugleich als Probe auf die im ersten Abschnitt enthaltenen Ausführungen betrachtet werden [13]).

---

12) Die abgesehen hiervon auch noch sonst denkbaren öffentlich-rechtlichen Gegenstände des Civilprozesses können wegen ihrer Seltenheit hier ausser Betracht bleiben.

13) Zur Lehre vom Urteil sind, abgesehen von den später bei den einzelnen Urteilsarten genannten Schriftstellern, namentlich noch hervorzuheben: Planck, Lehrbuch §§ 74ff.; Wach, Vorträge S. 98f.; Schmidt, Lehrb. §§ 91f.; Weismann, Feststellungsklage; Wendt, Arch. f. civil. Praxis 70 S. 1ff.; Hellmann, Jher. Jahrb. B. 31 S. 79f.; Leonhard, Zeitschr. B. 15 S. 328f.

## ERSTER ABSCHNITT.

# Die Urteile mit civilrechtlichem Gegenstand.

### § 2. Die deklarativen Urteile
(Feststellungs- und Leitungsurteile).

Die bei weitem zahlreichsten Urteile haben lediglich die Aufgabe, eine schon ausserhalb des Prozesses eingetretene Rechtsfolge festzustellen. Sie ändern nichts an der Rechtslage. Sie ergänzen auch nicht den ausserprozessualen Vorgang in irgend einer Richtung, sondern sie haben rein deklarative Natur, d. h. sie beschränken sich auf die Konstatierung dessen, was unabhängig von ihnen ist.

Dieser Grundsatz würde für die Abgrenzung gegenüber den später zu besprechenden Urteilsarten an und für sich schon genügen. Der Vollständigkeit halber soll aber in dem gegebenen Zusammenhang, ohne die Theorie der konstatierenden Urteile irgendwie erschöpfen zu wollen, noch kurz auf Begriff und Arten derselben, sowie auf einige zweifelhafte Fälle eingegangen werden.

I. Die konstatierenden Urteile zerfallen in reine Feststellungsurteile und Leistungsurteile[14]). In beiden Fällen ist die begriffliche Bedeutung die gleiche. Denn hier wie dort wird eine rechtlich erhebliche Beziehung, nämlich ein Anspruch, ein Rechtsverhältnis oder eine Thatsache (Urkundenechtheit) entweder verneint oder als schon ausserhalb des Prozesses verwirklicht bejaht und bestätigt.

Somit sehen wir uns vor die Frage gestellt, wodurch sich denn die beiden Unterarten des Oberbegriffes „deklaratives Urteil" voneinander unterscheiden. Um darauf die Antwort zu erteilen, müssen wir von der Klagabweisung, die überall denselben Charakter hat, absehen und nur die zusprechenden Urteile betrachten, bei diesen aber von dem Gegenstande der Entscheidung ausgehen, d. h. von der rechtserheblichen Beziehung, die in ihr zur Konstatierung gelangt.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist zunächst klar, dass That-

14) Andere Bezeichnungen für die letzteren sind: Verurteilungs-, Kondemnations-, Vollstreckungs-, Befehlsurteile. Die beiden ersten Ausdrücke sind völlig korrekt, aber etwas ungelenk. Die zuletzt erwähnten empfehlen sich nicht, das eine, weil das Leistungsurteil keineswegs zu einer eigentlichen Vollstreckung zu führen braucht (§ 894 CPO.), das andere, weil in dem Leistungsurteil kein Befehl liegt. Darüber unten II.

sachen und Rechtsverhältnisse immer nur die Objekte eines Feststellungs-, nicht auch eines Leistungsurteils bilden können. Vielmehr kann sich das letztere nur auf Ansprüche im Sinne des bürgerlichen Rechtes, d. h. auf das Recht des Klägers beziehen, von dem Beklagten ein Thun oder Unterlassen zu verlangen. Dieses Recht, bezw. die entsprechende Verpflichtung des Beklagten, bildet den notwendigen Gegenstand jeder Verurteilung. Es kann aber auch das Objekt eines positiven Feststellungsurteiles sein, und gerade dieser Umstand ist es, der die Schwierigkeit und zugleich die praktische Wichtigkeit der Abgrenzung begründet. Um dieselbe vornehmen zu können, müssen wir etwas weiter ausholen.

Der Normalfall der Klage, die einen Anspruch zum Gegenstande hat, ist die Kondemnationsklage. Wer ein Leistungsrecht gegen eine andere Person zum Objekt eines Rechtsstreites macht, will hierdurch regelmässig die Befriedigung seines Rechtes herbeiführen. Von diesem, den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechenden und numerisch weit überwiegenden Falle geht, wie früher schon alle Prozesskodifikationen, so auch unser Gesetzgeber aus. Er betrachtet es als das Natürliche und Regelmässige, dass ein Kläger, der von dem Beklagten etwas verlangen kann, den Rechtsstreit eben zu dem Zwecke angestrengt hat, um das Geschuldete zu bekommen.

Mit anderen Worten: Das objektive Recht erblickt den begrifflichen, immanenten Zweck des Leistungsurteiles gerade darin, dass dieses dem Berechtigten die Befriedigung seines Anspruchs gewährleisten soll[15]. Die Verurteilungsklage lässt also den Anspruch zu dem Behuf feststellen, um seine Verwirklichung herbeizuführen[16].

---

15) Von diesem immanenten, objektiven Zweck ist wohl zu unterscheiden der subjektive Zweck, den der Berechtigte im Einzelfalle verfolgt. So kann ein Gläubiger das Urteil lediglich in der Absicht erwirken, um die Verjährung zu unterbrechen, oder um Regress gegen einen anderen zu nehmen, oder um sich für seine Forderung ein Beweismittel zu verschaffen, u. dergl. m., überall mit dem ausgesprochenen Willen, nicht vollstrecken zu lassen. Solche persönlichen Motive können dann aber für die Bestimmung des Urteilsbegriffes im allgemeinen nicht den Ausschlag geben. Massgebend ist vielmehr der typische, normale Zweck, den der Gesetzgeber mit einem Institut verbindet, derart, dass er dieses letztere als das von ihm geschaffene Mittel zur Erreichung jenes Zweckes betrachtet. Über die Unerheblichkeit der subjektiven Parteizwecke für den Prozessbegriff, Schultze, Zeitbest. S. 17 Anm.

16) Sei es, dass hierzu noch ein weiteres Verfahren der Zwangsvollstreckung



Dagegen bildet bei dem Feststellungsurteil, welches den Anspruch zum Gegenstande hat, lediglich die Konstatierung jenes Anspruchs das Ziel des Prozesses und den Inhalt der Entscheidung. Das Recht des Klägers wird natürlich auch hier als vorhanden deklariert. Aber darin erschöpft sich die unmittelbare Bedeutung des Richterspruchs. Die praktische Durchführung des festgestellten Rechtes kommt zunächt nicht in Frage. Während also das Leistungsurteil, vom Standpunkte des Gesetzgebers betrachtet, als dasjenige Institut erscheint, welches die Befriedigung der eingeklagten Ansprüche herbeiführen oder ermöglichen soll, ist das Feststellungsurteil das Mittel, welches die Rechtsordnung dem Privaten zur Verfügung stellt, um seinen Anspruch, ohne zugleich dessen Verwirklichung durchzuführen, doch wenigstens in bindender Weise ausser Zweifel setzen zu lassen.

Daraus ergeben sich für das Verhältnis beider Urteilsarten folgende Grundsätze.

1. Da die Leistungsklage die Befriedigung des Berechtigten zum — objektiven — Zwecke hat, so ist sie grundsätzlich überall dort gegeben, wo ein zu erfüllender Anspruch besteht. Der Kläger braucht nicht erst nachzuweisen, dass er an der Verurteilung ein rechtliches Interesse habe. Denn das Recht auf Befriedigung bildet nach dem Gesetzgeber eine hinreichende Voraussetzung, um eben eine auf Befriedigung gerichtete Klage zu gestatten. Die Leistungsklage erscheint daher, sofern überhaupt ein Anspruch in Frage steht, als die normale, regelmässige Erscheinung.

Will dagegen der Berechtigte seinen Anspruch lediglich feststellen lassen, so muss er hierfür einen besonderen rechtfertigenden Grund haben. Genauer: er muss eine spezielle Veranlassung gerade dafür haben, dass er bloss auf Feststellung und nicht auf Verurteilung zur Erfüllung seines Rechtes anträgt. Er muss also vor allem — ganz unabhängig von der Frage, ob sein Anspruch besteht oder nicht — ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung — im Gegensatze zur Verurteilung — nachweisen. Denn er verhält sich, vom Standpunkte der Rechtsordnung betrachtet, in ungewöhnlicher, der Regel des Lebens nicht entsprechender Weise, wenn er einen Anspruch,

erforderlich ist, wie in den meisten Fällen, oder dass sich die Befriedigung des Gläubigers schon an den Richterspruch anknüpft, wie z. B. bei Verurteilung des Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung.

d. h. ein seinem Begriffe nach auf Befriedigung abzielendes Recht lediglich feststellen, d. h. in einer Form zur Entscheidung bringen lässt, welche für die faktische Verwirklichung keine genügende Grundlage bietet. Demgemäss muss er hier sein Vorgehen durch ein besonderes rechtliches Interesse gerade an dieser weniger intensiven Entscheidungsart rechtfertigen.

2. Damit hängt ein weiterer Satz zusammen. Wo die sofortige Erhebung der Leistungsklage thunlich ist, wird es für die Feststellungsklage regelmässig am rechtlichen Interesse fehlen. Denn aus dem Prinzip der rechtlichen Ökonomie folgt, dass im konkreten Falle gerade das Prozessmittel anzuwenden ist, welches der Gesetzgeber speziell für die gegebene Sachlage vorsieht. Kann also bei einem Anspruch das normale Institut der Verurteilungsklage benutzt werden, so wird es in der Regel dem allgemeinen Interesse an der Vermeidung überflüssiger Prozesse entsprechen, wenn das Mittel der blossen Feststellungsklage versagt wird. Vielmehr ist hier der Berechtigte auf die gewöhnliche Form der Leistungsklage verwiesen, und es bleibt ihm überlassen, ob er von dem ihm gewährten Leistungsurteil Gebrauch machen will oder nicht.

3. Aus dem Gesagten ergiebt sich zugleich, dass es nicht dem freien Belieben des Berechtigten überlassen ist, ob er seinen Anspruch in der einen oder anderen Klagform geltend machen will. In gleicher Weise ist aber auch der Richter bezüglich der Art der zu treffenden Entscheidung gebunden. Derselbe hat zunächst zu prüfen, ob die gewählte Klageart zulässig war. Trifft dies nicht zu, ist z. B. bei einer bestimmten Sachlage an Stelle der allein statthaften Leistungsklage die Feststellungsklage gewählt, so hat es dieselbe abzuweisen [17].

Im entgegengesetzten Falle aber muss es der Klage stattgeben, und zwar gerade in derjenigen Entscheidungsform, die dem Antrag entspricht. Es darf z. B. nicht, wenn auf Verurteilung zu 100 geklagt ist, aussprechen, „dass 100 geschuldet sind"; oder

---

17) So z. B., wenn die Klage den Antrag enthielt, auszusprechen oder festzustellen, „dass der Beklagte schuldig ist, 100 zu zahlen", oder „dass der Beklagte 100 schuldet" oder „. . . zu zahlen hat" u. s. w. Natürlich wird hier der Richter vermöge seiner Prozessleitungsmacht zweckmässigerweise zunächst ermitteln, ob es sich nicht um einen ungeschickten Ausdruck für den Antrag auf Verurteilung handelt, in welchem Falle er dem Kläger die richtige Formulierung nahe legen wird.

umgekehrt, falls blosse Feststellung des Anspruchs beantragt ist, das Urteil auf Befriedigung desselben richten. Überall hat es sich vielmehr streng an die Voraussetzungen zu halten, von denen das objektive Recht die Zulässigkeit der einen oder anderen Entscheidungsform abhängig macht.

4. Dies muss um so mehr gelten, als die unmittelbaren Wirkungen des Urteils je nach der gewählten Art erhebliche Verschiedenheiten zeigen. Das reine Feststellungsurteil hat, was die Hauptsache betrifft[18]), direkt keine anderen Folgen, als sie in der prozessualen Erscheinung der Rechtskraft enthalten sind. Das Leistungsurteil dagegen ermöglicht, soweit es den Anspruch nicht schon selbst befriedigt — wie im Falle des § 894 CPO. —, die Vollstreckung des festgestellten Anspruchs, d. h. seine Verwirklichung im Wege des staatlichen Zwanges. Wie sich aus dem Begriffe der Feststellung im engeren Sinne ergiebt, dass sich diese auf blosse Konstatierung des Anspruchs beschränken muss, so folgt unmittelbar die Vollstreckbarkeit aus der Verurteilung als einer auf Befriedigung abzielenden Feststellung des Anspruchs.

Mit Rücksicht auf diese verschiedenen Wirkungen ist es denn auch keineswegs gleichgültig, in welcher Form die Entscheidung ergeht. Sie vermag nämlich nur dann, wenn sie äusserlich als verurteilend auftritt, die Grundlage für die zwangsweise Befriedigung abzugeben. Lautet sie dagegen bloss auf Feststellung — sei es auch eines Anspruches —, so kann sie nicht zur Vollstreckung führen. Sie bildet dann, mit anderen Worten, hinsichtlich der Hauptsache keinen Vollstreckungstitel.

Diese Auffassung mag auf den ersten Blick Manchem zu äusserlich und formalistisch erscheinen. In Wahrheit dürfte sie aber innerlich wohlbegründet und durch das Wesen der Sache geboten sein. Wenn nämlich der Gesetzgeber, sobald ein Anspruch in Frage steht, als den typischen Prozesszweck die Vollstreckung betrachtet, wenn er ferner als normales Mittel zur Herbeiführung dieses Zwecks die auf Leistung gerichtete Entscheidung betrachtet, und wenn er endlich das Feststellungsurteil nur aus ganz speziellen Gründen zulässt, so muss er auch folgerichtig die Verurteilung als die einzige Urteilsform anerkennen, aus welcher er eine Vollstreckung gestattet. Es würde der rechtlichen Ökonomie

18) Von der Kostenfrage kann, da ihre Behandlung von der inhaltlichen Eigenart des Urteils durchaus unabhängig ist, im Folgenden abgesehen werden.

im allgemeinen und gerade dem formellen, vielfach durch Rücksichten des öffentlichen Interesses beherrschten Charakter des Civilprozesses insbesondere wenig entsprechen, wollte man ein bestimmtes Urteil, das ausdrücklich auf blosse Feststellung lautet, dennoch lediglich aus dem Grunde, weil es einen Anspruch zum Gegenstande hat, als Leistungsurteil bezeichnen [19]).

5. Nur von dem bisher dargelegten Standpunkt aus dürfte sich eine weittragende Neuerung der Civilprozessnovelle richtig würdigen lassen. Unter der Herrschaft der früheren CPO. war es streitig, ob auch wegen künftiger Leistungen auf Verurteilung geklagt werden konnte. Die herrschende Ansicht verneinte die Frage, und zwar wohl mit Recht. In der That durfte man, in Ermangelung einer anderweitigen ausdrücklichen Bestimmung, wohl annehmen, dass von dem Verpflichteten, wie ausserhalb des Rechtsstreits, so auch durch Vermittelung desselben, nicht eher Erfüllung verlangt werden konnte, als bis seine Verbindlichkeit fällig geworden war. Dagegen war Feststellungsklage nicht ausgeschlossen. Sie erschien vielmehr überall dort zulässig, wo das vorausgesetzte rechtliche Interesse auch wirklich vorlag [20]).

---

19) Damit ist die Ansicht abgelehnt, als sei die Form der Entscheidung für die Frage der Vollstreckbarkeit unerheblich. Diese Auffassung wird freilich von namhaften Autoren vertreten; insbesondere von A. S. Schultze, Prozess. Zeitbestim. (1887) S. 16 Anm.; Grünhuts Zeitschr. S. 534 Anm. 8; auch Wach, Feststellungsanspr. (1889) S. 34 ff. im Gegensatze zum Handbuch (1885) I S. 11; auch Schmidt, Lehrb. S. 688; Nachtrag S. 82 f. Allein gegen sie scheint mir, abgesehen von den im Text erwähnten Gründen, namentlich auch der Umstand zu sprechen, dass der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Feststellungsklage genau normiert. Es ist wenig wahrscheinlich, dass er diese vorsichtige Abgrenzung getroffen hätte, wenn ihm für die wichtige Frage der Vollstreckung die gewählte Form des Urteils, die sich doch thunlichst der inneren Bedeutung desselben anpassen soll, gleichgültig erschienen wäre. Auch lässt sich wohl aus den §§ 257 bis 259 CPO. (neu) eine Bestätigung entnehmen: darüber weiter unten im Text. — Ein ganz anderer Punkt ist es natürlich, ob das Leistungserkenntnis gerade das Wort „Verurteilen" als notwendigen Bestandteil enthalten muss. Diese Frage dürfte zu verneinen sein. Es genügt, wenn sich das Leistungsurteil in äusserlich erkennbarer Weise als solches darstellt, wobei es dann im einzelnen auf die gewählten Worte wohl nicht weiter ankommen wird.

20) Soweit freilich durch die einzelnen Landesrechte besondere Ausnahmen zugelassen waren, wurden dieselben unter der Herrschaft der Reichscivilprozessordnung als fortdauernd angesehen. Auf diese Fälle bezog man die §§ 664 ff. CPO. (alter Fassung), betreffend „Urteile, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängig war . . ." u. s. w.

Welche Bedeutung aber dem ergangenen Feststellungsurteil zukam, blieb in Theorie und Praxis äusserst zweifelhaft. Im allgemeinen nahm man an, dass solche Entscheidungen auch nach Eintritt der Fälligkeit nicht vollstreckt werden durften. Damit verbanden sich zwar unerträgliche praktische Missstände. So konnte z. B. ein Gläubiger, der ein besonderes Interesse daran hat, dass die Leistung — z. B. Räumung einer Wohnung — sogleich mit der Fälligkeit erfolgte, erst nach Eintritt derselben das Urteil erwirken, was vielfach einen erheblichen Zeitverlust verursachte. Handelte es sich gar um wiederkehrende, auf längere Zeit geschuldete Leistungen — z. B. vierteljährliche Alimentenzahlungen —, so war der Berechtigte, selbst bei offenbarer Böswilligkeit des Verpflichteten, genötigt, jeweils bei Fälligkeit einer einzelnen Rate besondere Klage auf dieselbe zu erheben.

Den geschilderten, praktisch im höchsten Grade misslichen Folgerungen wusste die Ansicht zu entgehen, nach welcher auch blosse Feststellungsurteile vollstreckt werden konnten, sobald die Fälligkeit des deklarierten Anspruchs eintrat. Dieser Standpunkt wurde indessen nur von einigen Schriftstellern eingenommen und liess sich auch mit dem positiven Rechte nicht wohl vereinbaren[21]).

Um den zweifelhaften und unbefriedigenden Zustand zu beseitigen, hat die neue CPO. besondere Fürsorge für die wichtigsten Fälle getroffen, in denen der Berechtigte ein Interesse daran hat, schon vor der Fälligkeit seines Anspruchs einen urteilsmässigen Vollstreckungstitel zu erlangen. So kann für eine von keiner Gegenleistung abhängige Geldforderung, ferner für einen Anspruch auf Räumung eines Grundstückes, Wohnraumes oder anderen Raumes, Urteil auf künftige Befriedigung erwirkt werden, wenn die Fälligkeit an einen Kalendertag geknüpft ist. Desgleichen können bei wiederkehrenden Leistungen die erst nach dem Urteil fällig werdenden Raten im voraus eingeklagt werden. Und endlich ist Klage auf künftige Erfüllung jedesmal dann zulässig, wenn zu befürchten steht, dass sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. §§ 257—259 CPO.

In allen diesen Fällen fasst der Gesetzgeber die Klage als Leistungsklage, die Entscheidung als Verurteilung auf.

Dies folgt aus der Entstehungsgeschichte der angeführten

21) Die Vertreter der beiden Ansichten und einiger Mittelmeinungen sind ziemlich vollständig aufgeführt bei Langheineken, Urteilsanspruch S. 214ff.

Bestimmungen[22]). Wäre nämlich der Gesetzgeber der Ansicht gewesen, dass auch Feststellungsurteile im engeren Sinne zur Vollstreckung des Hauptanspruchs führen könnten, so wären die §§ 257—259 CPO. völlig überflüssig gewesen. Denn auch ohne sie hätte der Berechtigte überall, wo für ihn ein rechtliches Interesse bestand, auf Feststellung der künftigen Leistungspflicht klagen, und die erwirkte Entscheidung nach Eintritt der Fälligkeit vollstrecken können. Indem aber unser Gesetz gerade umgekehrt eine Klage auf künftige Leistung ausdrücklich gewährt, d. h. eben für nötig erachtet, thut es in deutlicher Weise kund, dass es ein blosses Feststellungsurteil als genügende Grundlage der Vollstreckung nicht gelten lässt. Und an diesen unzweideutig erkennbaren legislatorischen Willen ist die Auslegung des Gesetzes gebunden[23]).

Zugleich lässt sich aus den mitgeteilten Bestimmungen entnehmen, dass es nicht zum Wesen des Leistungsurteils gehört, sofort mit seinem Erlass vollstreckbar zu sein. Überall nämlich, wo dasselbe auf künftige Erfüllung gerichtet ist, kann es erst nach Fälligkeit des Anspruchs zur Vollstreckung gebracht werden. Gleiches gilt von den Fällen, in denen die geschuldete Leistung von der Bewirkung einer Gegenleistung oder von einem

---

22) Vgl. Denkschrift zur Novelle §§ 231a—231c (Heymannsche Ausgabe S. 144f.): „Es muss zu einer Beeinträchtigung der Interessen des Klägers führen, wenn ihm . . . die Möglichkeit versagt bleibt, ein Urteil zu erwirken, das als solches mit dem Eintritt des betreffenden Zeitpunktes die Zwangsvollstreckung gestattet . . .“ „Ist nach den §§ 231a bis 231c (= §§ 257 bis 259 CPO.) die Verurteilung zu einer künftigen Leistung erfolgt, . . .“

23) A. S. Schultze erklärt in konsequenter Durchführung seines oben Anm. 19 dargelegten Standpunktes die §§ 257—259 CPO. für überflüssig (Grünhuts Zeitschr. B. 28 S. 534). Wenn wir ihm auch in dieser speziellen Frage nicht beitreten, so müssen wir doch zugeben, dass eine Klage auf Feststellung einer künftigen Leistungspflicht, abgesehen von den Fällen der §§ 257—259 CPO. (— in denen wir Leistungsklage annehmen —), überall dort zulässig bleibt, wo der Berechtigte an der alsbaldigen Feststellung ein rechtliches Interesse hat (— und nicht sofort auf künftige Leistung klagen kann —). Nur glauben wir, dass diese Entscheidung keinen Vollstreckungstitel bilden kann. Ähnlich wie Schultze auch Wach, Feststellungsanspruch S. 39 Nr. 59; Vorträge 2. Aufl. S. IX; Deutsche Juristenzeit. 1 S. 288; zum Teil auch Schmidt, Nachtr. zum Lehrb. S. 82ff. Für die Verurteilungsklage Hellwig, Anspruch und Klagr. §§ 52—54, Lehrbuch S. 370f.; Kisch, Grünhuts Zeitschr. B. 28 S. 265 mit weiteren Citaten; Petersen, Kommentar, 4. Aufl., zu §§ 257—259; Gaupp-Stein 5. Aufl. eod.; namentlich Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage (aus der Hallischen Festgabe für Fitting) 1903. Nicht ganz genau ist es deshalb, wenn der letztgenannte Schriftsteller in Birkmeyers Encyklopädie S. 1172 bei dem Leistungsurteil von einem Gebot der sofortigen Befriedigung spricht.

anderen Ereignis abhängig erscheint. Hier ergeht unter den gesetzlichen Voraussetzungen eine verurteilende Entscheidung, deren Vollstreckung nicht sofort erfolgen kann, sondern durch die hinzugefügte Bedingung oder Befristung eingeschränkt ist. Dass hierdurch die begriffliche Natur des Leistungsurteils nicht berührt wird, ergiebt sich aus den bisherigen Ausführungen, nach denen Vollstreckbarkeit überhaupt eben nicht identisch ist mit sofortiger Vollstreckbarkeit.

6. Bisher sind namentlich die Verschiedenheiten zwischen Leistungs- und Feststellungsurteil hervorgehoben worden. Es gilt aber, im Auge zu behalten, dass beide Entscheidungsformen trotz dieser Abweichungen im einzelnen doch in ihrem allgemeinen begrifflichen Charakter übereinstimmen. Beide sind Unterarten des deklarativen Urteils, d. h. desjenigen Urteils, welches eine unabhängig von ihm eingetretene Rechtsfolge lediglich zur Konstatierung bringt.

Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen ist also folgendes. Die Urteile auf Leistung und Feststellung unterscheiden sich nicht durch ihre Funktion, sondern durch ihren Gegenstand [24]. Bei den ersteren kann auch eine Thatsache oder ein Rechtsverhältnis, bei den letzteren nur ein Anspruch das Objekt der Entscheidung bilden.

---

24) Diese Erkenntnis verdankt die Prozesswissenschaft den Arbeiten von A. S. Schultze. Vgl. Konkursrecht S. 149: „Alle Civilurteile sind Feststellungsurteile; auch das kondemnatorische Urteil ist seinem Wesen nach ein Feststellungsurteil. Das kondemnatorische und das heute sogenannte Feststellungsurteil unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, nicht durch eine Verschiedenartigkeit der richterlichen Funktionen in beiden Fällen, sondern sie sind nur verschieden durch das zufällige, d. h. für das Wesen des Urteils völlig unerhebliche Objekt de Feststellung." Vgl. auch denselben, Privatr. und Prozess S. 58, 409f., 525, 546ff.. 577, 599; ferner Prozess. Zeitbestim. (Strassburger Festschrift für Planck, 1887) S. 16 Anm.; Zeitschr. f. Civilproz. B. 12 S. 473; Grünhuts Zeitschr. B. 28 S. 532. — Seine Auffassung ist fast allgemein adoptiert worden. Vgl. z. B. Kohler, Gesam. Beiträge S. 64f.; Hellmann, Lehrb. S. 1f.; Canstein, Lehrb. I S. 485; Heidecker, Zeitschr. 18 S. 458; Kayser, Civ. Arch. 70 S. 457. Im wesentlichen auch Wach, Feststellungsanspr. S. 34: „Wir müssen uns darüber klar sein, dass das rechtskräftige Urteil immer und unter allen Umständen nichts anderes ist, als die autoritative bindende Rechtsanwendung zum Zweck des Rechtsschutzes. Es ist der konkretisierte Gesetzeswille, welcher als solcher immer bindet . . ." Auch enthält es, wenn es verurteilt, nicht etwa eine ausserhalb der Bejahung des klägerischen Rechtes liegenden Befehl, — eine neben der Decision hergehende besondere Disposition. Verurteilung ist nichts anderes als Feststellung." Auch die Schriftsteller, die das Wesen des Leistungsurteils in einem staatlichen (richterlichen) Befehl erblicken, finden doch in ihm zugleich eine Feststellung enthalten.

Aber auch, wo das reine Feststellungsurteil sich auf einen Anspruch bezieht, deckt sich sein Gegenstand nicht mit dem der Verurteilung, welche auf Grund dieses selben Anspruchs ergeht. In dem einen Fall wird der Anspruch lediglich als ein vorhandener bezw. künftiger festgestellt, in dem anderen als ein zu befriedigender. Dort wird nur die Existenz des Anspruches bejaht, hier mit seiner Existenz zugleich die Notwendigkeit seiner Erfüllung. Dort konstatiert das Urteil ein Leistungsrecht, das nach dem Inhalt des Klagantrags lediglich ausser Zweifel gestellt, hier ein Recht, das überdies auch noch befriedigt werden soll. Dort müssen die Erfordernisse erfüllt sein, auf Grund deren ein Anspruch als vorhanden deklariert werden kann, hier müssen ausserdem die Voraussetzungen gegeben sein, unter denen er als ein zu erfüllender konstatiert werden kann. Der Gegensatz heisst also das eine Mal: Nichtbestehen eines Anspruchs überhaupt; das andere Mal: Nichtbestehen eines zu befriedigenden Anspruchs, sei es, dass ein Leistungsrecht gar nicht existiert, oder dass ein solches zwar gegeben ist, aber unter Umständen, welche die Leistungsklage nicht rechtfertigen[25]).

II. Die Abgrenzung zwischen Feststellungs- und Leistungsurteil, wie sie bisher versucht wurde, ist nicht allgemein anerkannt. Auf die einzelnen, zum Teil sehr verschiedenartigen Vergleichsmomente, die in der angegebenen Beziehung vorgeschlagen worden sind, kann in dieser Abhandlung nicht näher eingegangen werden. Hier soll nur eine von den vielen Theorien erwähnt und gewürdigt werden, sowohl wegen ihrer prinzipiellen Bedeutung, als auch wegen der Autorität ihrer Vertreter.

Von namhaften Gelehrten wird nämlich der begriffliche Unterschied darin gefunden, dass die Feststellungsurteile bloss eine Konstatierung enthalten, dass dagegen die Leistungsurteile neben dieser Deklaration auch noch einen ausdrücklichen behördlichen Leistungsbefehl an den Schuldner

---

25) Ein ähnliches Verhältnis zweier Urteile kommt auch ausserhalb des Prozesses vor. Das logische oder ethische Urteil: „X. ist verpflichtet, etwas zu thun“ kann in dem Sinne gemeint sein, dass es die Existenz der Verpflichtung betont im Gegensatz zum „Nichtverpflichtetsein“. Es kann aber auch konstatieren wollen, dass X. die Verpflichtung zu erfüllen habe, wobei als Gegensatz die Nichterfüllung gedacht wird. In beiden Fällen aber handelt es sich lediglich um die Deklaration von etwas vorhandenem. Und es wird namentlich auch im zweiten Falle die Pflicht zur Erfüllung als eine schon vorhandene vorgestellt, nicht als eine solche, die erst von einem etwaigen Befehl des Urteilenden abhängig wäre.

in sich schliessen. Zur Dezisive, in welcher sich die erste Entscheidungsart erschöpfe, komme bei der zweiten noch eine besondere Dispositive hinzu. Das Leistungsurteil zeichne sich also durch den in ihm enthaltenen Erfüllungs- oder Vollstreckungsbefehl aus. Dieser sei es, der die zwangsweise Verwirklichung des festgestellten Anspruchs, also eine Veränderung der Rechtslage, überhaupt erst ermögliche. Die Bedeutung des „Vollstreckungsurteils" in diesem Sinne sei eine in letzter Linie konstitutive[26]).

Gegen diese Auffassung lassen sich nun m. E. mehrere schwerwiegende und begründete Bedenken erheben. Zunächst müsste sie, um folgerichtig zu sein, das Leistungsurteil von dem Feststellungsurteil vollständig trennen und es zu dem letzteren als eine ganz eigenartige Entscheidungsform in scharfen Gegensatz bringen. Wenn nämlich bei der Verurteilung die Konstatierung nur ganz sekundäre Bedeutung hat, wenn vielmehr das wesentliche Begriffsmerkmal der Leistungsbefehl ist, der sich beim reinen Feststellungsurteil nicht findet, so erfüllen beide Entscheidungen eben durchaus verschiedene Funktionen. Demgemäss dürften sie nicht zusammen als Unterarten einer einheitlichen Kategorie, nämlich des deklarativen Richterspruches, angesehen werden. Denn das Urteil, welches die Verpflichtung zu einer Leistung feststellt, ist etwas wesentlich anderes als der Befehl zu dieser Leistung. Damit wäre die Theorie aber wiederum zu dem heutzutage so ziemlich aufgegebenen Standpunkte zurückgekehrt, nach welchem zwischen Leistung und Feststellung ein funktioneller, d. h. in einer prinzipiellen Verschiedenheit der richterlichen Aufgaben begründeter Gegensatz bestünde.

Die strenge Durchführung eines solchen Gegensatzes wird denn auch von den wenigsten versucht. Sie scheitert schon an folgender Erwägung. Wenn man das Hauptgewicht auf den Befehl legt, so meint man hiermit, genau genommen, die autoritative bindende Kraft des Urteils als einer Äusserung der Staatsgewalt. Eine solche Kraft kommt aber, wie nicht bezweifelt werden kann, ebensowohl dem reinen Feststellungsurteil zu. Also müsste man konsequenterweise ein richterliches Gebot nicht bloss in der Ver-

---

26) So schon Weismann, Feststellungsklage S. 116ff.; Hauptintervention S. 79 Anm. 10; aus neuerer Zeit namentlich Hellwig, Anspruch und Klagr. S. 348f.; Rechtskraft S. 5f.; Lehrb. I S. 47, 368f.; Stein in Birkmeyers Encykl. S. 1172 („Verurteilungs- oder Leistungsklage, auf die ein Urteil ergeht, das die rechtskräftige Feststellung eines Anspruchs und das Gebot seiner sofortigen Befriedigung ausspricht"); auch Langheineken S. 101, 203ff., der S. 86ff. auch weitere Litteratur anführt.

urteilung, sondern auch in der Feststellung als wesentlichen Bestandteil gegeben finden. Der einzige Unterschied wäre der, dass der Befehl in dem einen Falle, abgesehen von den mit der Durchführung betrauten Behörden, an einen bestimmten Einzelnen, nämlich an den Verurteilten, in dem anderen dagegen allgemein an alle Personen gerichtet wäre, „die es angeht".

Damit wäre freilich der Gegensatz zwischen Feststellungs- und Leistungsurteil ebenfalls überwunden. In beiden Fällen würde es sich um dieselbe richterliche Funktion handeln. Allein dieselbe wäre nun nirgends mehr Feststellung dessen, was ist, sondern hier wie dort Gebot dessen, was sein soll. Vor dieser allein konsequenten Folgerung aus dem geschilderten Ausgangspunkte scheuen indessen die meisten seiner Vertreter zurück. Der Grund ist offenbar der, dass man die Bedenken nicht verkennt, welche sich gegen den angeblichen Befehlscharakter der reinen Feststellungsurteile anführen lassen[27].

Genau die gleichen Bedenken sprechen aber in Wahrheit gegen die Gebotsnatur des Leistungsurteils. Allerdings sind beide Entscheidungsarten — dies muss erläuternd vorausgeschickt werden — gleichmässig mit autoritativer Bedeutung ausgestattet. Das gilt ebensowohl für Urteile, die bloss auf Feststellung, als auch für solche, die auf Verurteilung gerichtet sind. Allein diese verbindliche Kraft beruht nicht auf dem konkreten Befehl des Richters, sondern auf einem abstrakten Gebot der Rechtsordnung. Sie ist die Konsequenz des allgemeinen Grundsatzes, der aus dem Wesen des Civilprozesses als des Mittels zur endgültigen Klarlegung der Rechtslage und aus der Stellung der Gerichte als Staatsorgane unmittelbar folgt, des Grundsatzes nämlich, dass die Rechtsver-

---

27) Nur ganz vereinzelt begegnen wir einer folgerichtigen Durchführung der Befehlstheorie. So vor allem bei Laband, Staatsrecht 4. Aufl. III S. 352ff., der überhaupt die für die Befehlsnatur sprechenden Gesichtspunkte am besten und ausführlichsten dargelegt hat (S. 349, 352) namentlich Anm. 2: „. . ., so ist auch das Urteil nicht bloss Feststellung des konkreten Rechtes, sondern zugleich ein staatlicher Befehl an alle, die es angeht, sich so zu verhalten, wie es dem im Urteil festgestellten Rechtsverhältnis angemessen ist". Vgl. denselben in Wach-Laband, Zur Lehre von der Rechtskraft, 3 Gutachten S. 116f. Ähnlich Planck, Lehrbuch des Civilprozesses I S. 442: „Diese selbst (nämlich die Verurteilung) ist erst die vom Richter als Vertreter des Staats den Beteiligten eröffnete Willenserklärung, dass das als richtig gefundene zwischen ihnen für alle Zukunft Recht sein soll . . . Ohne diese . . . Willenserklärung wäre der Ausspruch kein Urteil, sondern ein Rechtsgutachten."

hältnisse so zu gelten haben, wie sie von dem Richter festgelegt werden. Diese spezielle Autorität kommt schon kraft Gesetzes dem Urteil und nur diesem zu. Sie ist es auch, welche die Entscheidung des Richters ohne weiteres von einem rein logischen Urteil, insbesondere von einem Rechtsgutachten auf das allerschärfste abgrenzt. Die Annahme eines Befehls ist hierzu nicht nötig.

Ein solcher ist denn auch aus allgemeinen Gründen ziemlich überflüssig. Das Gesetz gebietet in abstrakter Weise, dass sich an einen gewissen Thatbestand eine bestimmte Rechtsfolge knüpft, z. B. die Pflicht zur Leistung von 100. Der Richter hat im konkreten Falle lediglich zu prüfen und auszuprechen, dass der Thatbestand verwirklicht und dass demgemäss die Rechtsfolge — in unserem Beispiel die Verbindlichkeit zur Zahlung von 100 — eingetreten ist. Mit dieser Konstatierung wird das gesetzliche Gebot ausgelöst. Es steht nun unbestritten fest, dass der Beklagte die im Urteil angegebene Leistung erbringen muss.

Er muss dies, nicht weil der Richter, sondern weil das objektive Recht es haben will. Seine Verpflichtung ist nicht erst die Folge eines besonderen Befehls des Richters, sondern die Folge des Gesetzesbefehls, dessen Anwendbarkeit auf den gegebenen Fall nun in bindender Weise ausgesprochen ist. Der Staat hat kein Interesse daran, zu dem bereits erteilten gesetzlichen Gebot noch in jedem einzelnen Prozessfall einen speziellen Urteilsbefehl hinzutreten zu lassen. Und es darf daher von vorneherein angenommen werden, dass er eine solche *durch nichts gerechtfertigte Häufung von Imperativen* auch thatsächlich vermieden wissen will.

Des weiteren ist nicht recht einzusehen, welchem *praktischen Zweck* ein besonderer Urteilsbefehl dienen sollte. Dass er für die Vollstreckbarkeit des Anspruchs nicht notwendiges Erfordernis ist, zeigen die exekutorischen Urkunden. Er könnte daher allerhöchstens die Bedeutung haben, auf die freiwillige Erfüllung durch den Beklagten hinzuwirken. Allein erfahrungsgemäss kommt es gerade dann zum Prozess, wenn der Schuldner entweder nicht zahlen *kann*: — dann fehlt es an seiner Erfüllungsbereitschaft nicht; oder wenn er von vorneherein nicht freiwillig zahlen *will*: — dann wird durch das Urteil sein Entschluss regelmässig nicht verändert. Demgemäss müsste ein richterliches *Gebot* unter gewöhnlichen Umständen als ziemlich wertlos bezeichnet werden.

In der That tritt denn auch schon *äusserlich das Urteil*

nicht als Befehl auf. Der Richter begnügt sich, dem wesentlichen Kern seiner Thätigkeit nach, mit blossen Schlüssen aus dem Gesetz auf den Thatbestand, wie dies schon in dem Wort „Urteilen“ ausgedrückt liegt, — allerdings mit Schlüssen, die vermöge seiner behördlichen Stellung bindende Kraft haben. Er vollzieht aber innerlich keine Willensakte und erlässt äusserlich keine Willenserklärungen, wie dies bei einem Gebot vorausgesetzt wäre. Ebensowenig wendet er sich, wie dies dem Befehlsbegriff ebenfalls entsprechen würde, an den Willensentschluss des Beklagten oder anderer beteiligter Personen. Er will keineswegs durch eine besondere „Dispositive“ auf das Verhalten des Verurteilten oder anderer Interessenten einwirken. Er verlangt nichts von ihnen, sondern teilt ihnen in bindender Weise mit, was das Gesetz von ihnen verlangt.

Demgemäss ist der Beklagte, der dem Urteil die Folge versagt, nicht im eigentlichen Sinne ungehorsam, jedenfalls nicht gegenüber dem Richter. Und dritte Personen (insbesondere auch Gerichtsorgane), welche die getroffene Entscheidung nicht respektieren, verletzen hiermit nicht einen Befehl des einzelnen Gerichtes, sondern die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über Rechtskraft und Vollstreckung. Deshalb sind es auch nicht die Gerichte selbst, welche ihren Entscheidungen den „Gehorsam“ erzwingen, wie sie es im Zweifel thun müssten, wenn sie einen eigenen Befehl erteilt hätten. Vielmehr erschöpft sich ihre Thätigkeit in dem Erlass des Urteils. Ob dasselbe befolgt wird, d. h. ob aus dem bindend festgestellten Anspruch die weiteren praktischen Konsequenzen gezogen werden, ist dem freien Belieben des Klägers überlassen.

Vielfach liesse sich auch gar nicht ermitteln, an wen der angebliche Befehl gerichtet sein soll. Bei dem Leistungserkenntnis würde man zunächt an den Verurteilten als den Adressaten zu denken haben. Doch entstehen schon hier Schwierigkeiten, wenn man die an sich durchaus möglichen Verurteilungen berücksichtigt, die erweiterte Rechtskraft äussern, oder die wenigstens mittelbar auf die Rechtsverhältnisse Dritter einwirken. Wendet sich hier der Befehl auch an diese am Prozess gar nicht beteiligten Dritten? Und wie verhält es sich gar mit den reinen Feststellungsurteilen, insbesondere mit den ihrem Begriffe nach sämtlich dahin gehörenden klagabweisenden Entscheidungen? Bei diesen ist ein spezieller Empfänger des Befehls wohl kaum

ausfindig zu machen. Denn hier steht vielfach eine blosse Thatsache oder ein Rechtsverhältnis in Frage, kraft dessen nicht ein spezielles Thun oder Unterlassen geschuldet ist.

Aber auch, wenn eine bestimmte Leistungspflicht den Gegenstand des Urteils bildet, wird von dem Schuldner, solange sich die Entscheidung auf eine Feststellung beschränkt, zunächst noch gar nichts verlangt. Es wird ihm ebensowenig etwas auferlegt, als jedem unbeteiligten Dritten. Deshalb muss man nach anderen Adressaten suchen. Man bezieht deshalb wohl das Gebot auf jedermann, „den es angeht“. Allein diese Formel ermangelt doch wohl der genügenden rechtlichen Bestimmtheit. Denn das „Angehen“ ist ein durchaus relativer Begriff, der in eben so vielen Anwendungen wiederkehren kann, als es mögliche direkte und indirekte Einwirkungen der Entscheidung auf dritte Personen überhaupt giebt. Deshalb erscheint derselbe namentlich auch ungeeignet, die subjektive Begrenzung der Rechtskraft in befriedigender Weise zu erklären.

Überhaupt ist gerade bei den rein feststellenden Entscheidungen die Befehlstheorie besonders schwer durchzuführen. Denn hier tritt ein Gebot, wie man es allenfalls noch bei ungenauer Auslegung in dem Worte „Verurteilen“ finden könnte, nicht einmal äusserlich hervor. Vielmehr enthält das Urteil schon seinem unzweideutigen Ausdruck nach nichts anderes als die einfache Feststellung, dass etwas ist oder nicht ist. Es gebietet schon nach seiner ganzen Form nicht das geringste, weder dem Beklagten noch anderen Beteiligten. Es beseitigt lediglich in autoritativer Weise einen möglichen Zweifel über die Rechtslage. Dagegen erstrebt es nicht eine Änderung der Rechtsverhältnisse, namentlich nicht eine Handlung oder Unterlassung, deren Erbringung allenfalls das Ziel eines besonderen Befehls bilden könnte. Es ist allerdings, wie überhaupt jede Entscheidung, mit verbindlicher Kratt ausgestattet, nämlich für alle diejenigen Personen, die von der Rechtskraft betroffen werden. Diese Bindung ist aber nicht erst die Folge eines besonderen Gebotes, sondern sie erschöpft sich darin, dass die vom staatlichen Rechtsprechungsorgan ausgehende Feststellung als solche zu respektieren ist.

Übrigens darf auch der Ausdruck „Verurteilen“ nicht als „Befehlen“ aufgefasst werden. Er bezeichnet nach dem Wortsinn lediglich Entscheidung (Urteil) zu Ungunsten einer Person.

Dass aber in diesem ungünstigen Ausspruch nicht notwendig ein Gebot ausgedrückt zu liegen braucht, zeigt auch das Strafurteil, bei welchem der Angeklagte ebenfalls zu einem Nachteil „verurteilt“ wird, bei welchem jedoch von einem Befehl an denselben, etwa die Strafe zu dulden, natürlich nicht gesprochen werden kann. Es besteht nun gewiss von vorneherein eine grosse Wahrscheinlichkeit dafür, dass der allgemeine Begriff des Urteils im Strafprozesse kein anderer ist als auf dem Gebiet der Civilgerichtsbarkeit. Dieser Vergleich, der im einzelnen zu interessanten Ergebnissen führen müsste, kann jedoch in dieser Arbeit nicht weiter erörtert werden.

Hier mögen nur noch zwei Einwände Erwähnung finden, die gegen die Feststellungsnatur des Urteils geltend gemacht werden. Zunächst beruft man sich darauf, dass die Rechtswirkung des Urteils unabhängig von seiner Wahrheit, d. h. materiellen Richtigkeit sei. Dies beweise, dass „sie nicht auf eine logische Denkoperation, sondern auf einen Befehl zurückzuführen sei“ (Laband a. a. O. S. 352 Anm. 2).

Allein der Umstand, dass die Entscheidung auch im Falle ihrer Unrichtigkeit wirken muss, dürfte sich anders erklären. Er ist die Folge davon, dass der Prozess nach seiner allgemeinen Zweckbestimmung eben dasjenige Institut ist, durch welches in concreto Rechtsgewissheit erzielt werden muss. Soll aber dieses Ziel erreicht werden, so muss der Richterspruch ausnahmslos verbindlich sein, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob er, am Massstab des objektiven Rechtes gemessen, materiell richtig ist oder nicht. Dies spricht indessen keineswegs gegen unsere Ansicht. Denn die autoritative Feststellung bleibt, auch wenn sie falsch ist, darum doch nicht minder ihrem juristischen Wesen nach eine Feststellung.

Übrigens liesse sich die bindende Kraft des unrichtigen Urteils ebensowohl auch gegen die Befehlstheorie verwerten. Auch hier könnte man fragen: wie kommt es, dass ein falsches Gebot eines einzelnen staatlichen Organs stärker sein soll, als das allgemeine Gebot des über ihm stehenden Gesetzgebers? Warum hat der unrichtige, gesetzeswidrige Befehl verpflichtende Kraft? Offenbar nicht schon aus dem blossen Grunde, weil er ein Befehl ist! Die dargelegte Erscheinung kann also nur aus dem allgemeinen Zweck des Prozesses — endgültiger Klarstellung der Rechtsverhältnisse — verstanden werden.

Sie lässt sich durch die Annahme eines Urteilsgebots ebenso wenig erklären, wie aus der urteilsmässigen Feststellung als solcher. Und es darf überhaupt für die Bestimmung des Urteilsbegriffs von dem anomalen — gewissermassen pathologischen — Vorgang der unrichtigen Entscheidung nicht ausgegangen werden.

Von geringerer Bedeutung ist ein zweites Argument gegen die Feststellungstheorie. Die Verurteilung, so macht man geltend (Langheineken a. a. O. S. 206), könne „Elemente in sich aufnehmen, denen der Charakter eines obrigkeitlichen Befehls unverkennbar anhafte. Dies trete besonders deutlich hervor, wenn der im Urteil getroffenen Anordnung eine Strafandrohung für den Fall der Zuwiderhandlung beigefügt werde".

Dieser Einwand übersieht indessen, dass solche Strafandrohungen gar nicht mehr zum wesentlichen Inhalt des Urteils gehören, wie sie ja auch ebensogut ausserhalb desselben in Beschlussform ergehen könnten. Sie sind überhaupt nicht Funktionen der Rechtsprechung, sondern antizipierte Vollstreckungsmassregeln. Sie zählen nicht mehr zu den normalen Aufgaben des Gerichtes, sondern sind ihm nur zufällig durch positive Vorschrift überwiesen.

Aber selbst, wenn sie homogene Bestandteile des Urteils wären, würden sie für unsere Frage nichts beweisen. Denn auch sie sind begrifflich keine Befehle. Sie haben nicht den Zweck, eine spezielle Pflicht für den Beklagten zu begründen, sondern sie stellen, nachdem eine im Gesetz vorgesehene Verbindlichkeit des Beklagten feststellt ist, diesem lediglich für den Fall der Nichterfüllung rechtliche Nachteile in Aussicht. Diese Nachteile sollen aber nicht eine Strafe für Ungehorsam gegen ein richterliches Gebot sein, sondern — wie es ja gerade im Wesen der Zwangsstrafe begründet liegt — ein compelle, ein Ansporn für die Befriedigung der durch den Richter nunmehr endgültig festgestellten Verpflichtung. Der Ausspruch des Richters heisst, seinem rechtlichen Kerne nach, nicht etwa: „Ich befehle dir, Beklagter, zu erfüllen, und bestrafe dich, weil du diesem Befehl nicht Folge geleistet hast"; sondern: „das Gesetz gebietet dir, zu leisten, und ich drohe dir Nachteile an, damit du dem Gesetze gemäss erfüllest."

III. Auf Grund des bisher entwickelten Begriffes wird man im Einzelfalle leicht ermitteln können, ob eine bestimmte Entscheidung unter die Kategorie der konstatierenden Urteile zu bringen ist, und innerhalb dieser Gruppe wiederum,

ob sie als verurteilend oder rein feststellend aufzufassen ist. Der Inhalt des Urteils kann im einzelnen ebenso mannigfaltig sein, als die Thatsachen, Rechtsverhältnisse und Ansprüche, die seinen Gegenstand bilden können. Im folgenden sollen daher nur diejenigen Fälle betrachtet werden, deren Zugehörigkeit zu dieser Kategorie bestritten ist oder doch bezweifelt werden könnte.

Vorauszuschicken ist, dass für die juristische Bestimmung der Urteilsart der Wortlaut des Gesetzes nicht den Ausschlag geben darf. Denn die hierbei gebrauchten Wendungen werden nicht selten in einem untechnischen, zuweilen sogar offenbar ungenauen Sinne gebraucht, wie sich an einzelnen Beispielen zeigen wird. In erster Linie muss vielmehr die innere sachliche Bedeutung entscheiden, wie sie nach dem Willen des Gesetzgebers dem betreffenden Urteil zukommt. Diese Bedeutung lässt sich ihrerseits wieder nur dadurch ermitteln, dass man die Urteilsfolgen in ihrer Gesamtheit genau untersucht, alles Unerhebliche und Zufällige davon ausscheidet, und die nunmehr übrigbleibenden wesentlichen Wirkungen herausschält. Diese konstante, bei aller Verschiedenheit des Gegenstandes gleichbleibende Bedeutung schafft für die Begriffsbestimmung erst die nötige Grundlage.

Will man nämlich jetzt, von hier aus weitergehend, die vorliegende Entscheidungsart ausfindig machen, so muss man die beiden Rechtszustände, wie sie sich vor und nach dem Urteil gestalten, näher analysieren und miteinander vergleichen. Ergiebt sich dann, dass die Entscheidung unmittelbar nichts anderes herbeigeführt hat, als die autoritative Deklaration der bereits früher gegebenen Rechtslage, so ist sie konstatierend. Sonst muss sie einer anderen Kategorie zugewiesen werden.

Diese Auslegungsgrundsätze werden in der Regel zu einer völlig sicheren Lösung der Frage führen. Nur in den wenigen Fällen, in denen sie noch etwaigen Zweifeln Raum lässt, wird man auf den Wortlaut des Gesetzes Gewicht legen dürfen. Im übrigen ist er unerheblich. Erst recht wird der vom Richter bei Fällung der Entscheidung gebrauchte Ausdruck gleichgültig sein müssen. Denn die theoretische Eigenart eines Urteils bestimmt sich nicht nach der von einzelnen Gerichten oder auch von der Rechtsprechung überhaupt beliebten Fassung, sondern es ist umgekehrt die äussere Form der Entscheidung ihrer inneren Bedeutung anzupassen. Die vielfach stereotypen Wendungen, deren sich die Praxis bei gewissen Arten von Urteilen

bedient, haben demnach für unsere Frage nicht die geringste Beweiskraft.

Ausser solchen formellen Gesichtspunkten sind aber auch einige Kriterien von mehr sachlicher Natur abzulehnen.

1. Zweifellos ist zunächst, dass die deklarative Natur einer Entscheidung unabhängig ist von dem Gegenstand, auf welchen sie sich bezieht: Anspruch, Thatsache, Rechtsverhältnis. Gleichgültig ist ebenso der weitere Umstand, ob sie auf Bejahung oder Verneinung gerichtet ist. Insbesondere behält eine Verurteilung die gleiche begriffliche Bedeutung, mag sie eine positive Verpflichtung oder eine Unterlassungspflicht statuieren.

In dem letzteren Falle kann die wirkliche Sachlage durch verschiedene Umstände verschleiert werden. Zunächst kann das Urteil für den Fall der Zuwiderhandlung Strafandrohungen aussprechen. Dass dieselben sich nicht für die Befehlstheorie verwerten lassen, wurde bereits früher ausgeführt. S. oben S. 32. Sodann liegt in der Kondemnation zur Unterlassung regelmässig zugleich die Konstatierung, dass der Beklagte zur Vornahme der störenden positiven Handlung nicht berechtigt sei. Diese Konstatierung giebt aber dem Urteil nicht die Eigenschaft eines Feststellungsurteils. Denn sie bildet nicht seinen eigentlichen Gegenstand, sondern nur eine Voraussetzung — ein Element — für die Verurteilung zur Unterlassung, welche den massgebenden Inhalt ausmacht. Und endlich enthält die Entscheidung nicht selten zugleich die Verurteilung zur Beseitigung der etwa schon bewirkten Störung. Dann ist sie zum Teil auf Unterlassung, zum Teil auf positive Leistung gerichtet.

Alle diese Punkte sind so selbstverständlich, dass sie nicht erst der Hervorhebung bedürften, wenn sie nicht doch hier und dort verkannt würden[28]).

2. Sodann ist es für den Begriff des deklarativen Urteils un-

28) Vergleiche die näheren Litteraturangaben bei Langheineken S. 212ff.; namentlich aber Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 25f., 381ff.; Lehrb. I S. 373f. Solche Unterlassungsklagen werden in den verschiedensten Gesetzen vielfach ausdrücklich erwähnt. So im HGB. § 37, 2 Satz 1; im BGB. §§ 12, 550, 862, 904/907, 909, 910, 912, 917, 1053, 1134 u. s. w.; Patentgesetz §§ 4, 5; Gebrauchsmusterges. § 4[1], Warenzeichenges. § 12[1]; Wettbewerbsges. §§ 1 ff. Die Zulässigkeit der Unterlassungsklage zum Schutz der Urheberrechte ist als selbstverständlich nicht besonders hervorgehoben worden. Vgl. Allfeld, Komm. zum Gesetz über das Urheberrecht an Geisteswerken u. s. w. 1902 S. 217.

erheblich, ob der Kläger den Prozess aus freien Stücken, oder aber aus dem Grunde anhängig gemacht hat, weil ihm für den Fall der Unthätigkeit rechtliche Nachtheile angedroht sind. Denn die juristische Natur eines Urteils ist durchaus unabhängig von den Umständen und Motiven, die den Prozess veranlassen. Zwar sind die hier gemeinten Fälle so gelagert, dass ein Unterbleiben des Richterspruchs besondere Rechtsfolgen herbeigeführt hätte, dass also das Urteil, indem es derartige nachteilige Rechtsfolgen vermeidet, eine besondere Wirkung äussert, die ihm sonst nicht zukommt. Allein diese Wirkung rechtfertigt natürlich nicht die Annahme einer besonderen Entscheidungsart. Und das Feststellungs- oder Leistungsurteil ist darum nicht minder deklarativer Natur, weil die in ihm enthaltene Deklaration zu einem bestimmten, ausserhalb des Rechtsstreits liegenden Zweck erstrebt worden ist.

Dahin würde es gehören, wenn das Gesetz an eine bestimmte Thatsache zwar einen Anspruch knüpfen, die Geltendmachung desselben aber davon abhängig machen wollte, dass gewisse hierfür präjudizielle Verhältnisse zuvor rechtskräftig festgestellt würden. Hier wird die Klage auf Konstatierung dieses Verhältnisses nur zu dem bestimmten Zweck erhoben, um die Geltendmachung jenes Anspruchs zu erleichtern. Trotzdem unterliegt es keinem Zweifel, dass reine Feststellungsklage vorliegt[29]).

Unter denselben Gesichtspunkt fällt es, wenn in einem Aufgebotsverfahren ein Dritter sich meldet, der die Legitimation des Antragstellers bestreitet, und wenn das Gericht die Prozedur „bis zur endgültigen Entscheidung über das angemeldete Recht aussetzt". Bringt nun hier der Antragsteller gegen den Dritten sein Recht zur Konstatierung, so ist das ergehende Urteil zweifellos reines Feststellungsurteil, wenn es auch die besondere Wirkung hat, den Fortgang des Aufgebotsverfahrens zu ermöglichen[30]).

Und nicht anders verhält es sich in allen Fällen, in denen das Gericht einen Prozess aussetzt, bis über ein für dasselbe prä-

29) Ähnlich die von Langheineken S. 150 erwähnten und richtig behandelten Fälle: gewisse Gesetze über öffentliche Versicherung erwähnen ein besonderes Urteil auf Feststellung des Verwandtschaftsverhältnisses, wie es zwischen dem Kläger und einem Getöteten bestanden haben muss, damit der erstere für den durch Tötung des letzteren erlittenen Schaden Ersatz verlangen könne. Beispiel: Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 § 63, 2 Abs. 1.

30) S. noch Langheineken S. 149.

judizielles Verhältnis abgeurteilt ist. Vgl. §§ 148, 149, 151—155 CPO. Überall verliert das bedingende Urteil, wenn es überhaupt nach seiner allgemeinen Natur deklarativ ist, diese Eigenschaft nicht schon aus dem Grunde, weil es für die Fortführung des gehemmten Verfahrens von Bedeutung ist.

Schliesslich ist in diesem Zusammenhang noch des Prätendentenstreits nach § 75 CPO. zu gedenken. Auch dieser führt zu einem reinen Feststellungsurteil. Der eintretende Dritte will gegenüber dem Erstkläger lediglich zur Konstatierung bringen lassen, dass nicht jener, sondern er selbst der wirklich Berechtigte ist. Darin erschöpft sich die nur mittelbar Bedeutung der Entscheidung. Und an ihrem feststellenden Charakter kann es natürlich nichts ändern, dass die Klage durch die Streitverkündung veranlasst ist, und mit Rücksicht darauf auch den entfernteren Zweck verfolgt, die Nachteile zu vermeiden, wie sie kraft positiver Gesetzesvorschrift mit einer Unthätigkeit des Litisdenunziaten verknüpft sein würden.

3. Die deklarativen Urteile können, abgesehen von der Feststellung und, soweit sie auf Leistung gerichtet sind, von der Vollstreckung, noch andere Rechtsfolgen äussern. Diese weiteren Wirkungen, die sich nur mittelbar an die Entscheidung knüpfen, dürfen zur begrifflichen Bestimmung nicht mit verwertet werden. Denn sie bilden mehr zufällige Begleiterscheinungen des Urteils. Sie liegen nicht in seinem Wesen begründet. Sie könnten ebensogut weggedacht werden, ohne dass dadurch der rechtserhebliche Inhalt der Entscheidung irgendwie berührt wäre. Demgemäss müssen sie denn auch ausser Ansatz bleiben, wenn die konstanten, d. h. begriffsnotwendigen, Merkmale einer bestimmten Urteilsart festgestellt werden[31].

Dass sie nicht essentielle Bestandteile der Urteilsart bilden, tritt auch äusserlich hervor. Sie dürfen nämlich in dem Urteil nicht erwähnt werden. Dieses ist nicht auf ihre Herbeiführung gerichtet, muss sich vielmehr auf die Feststellung, insbesondere beim Leistungsurteil auf die Verurteilung beschränken, und die weiteren Konsequenzen ausser Acht lassen. Dass diese eintreten, ergiebt sich aus dem abstrakten Rechtssatz, nicht aus dem konkreten Urteilsspruch. Und umgekehrt wird dem Umstand, dass ein be-

31) Die rechtliche Natur ist ziemlich umstritten. Vorherrschend ist die im Texte vertretene Auffassung. Reiche Litteraturnachweise bei Langheineken S. 148 f.

stimmtes Urteil, um den gesetzlichen Erfordernissen zu genügen, nichts weiter als die Deklaration — Feststellung im engeren Sinne oder Verurteilung — zu enthalten braucht, eine gewisse symptomatische Bedeutung für das Vorliegen eines bloss konstatierenden Urteils haben[32]).

Die soeben erwähnten sekundären Wirkungen des Urteils können sehr mannigfaltige sein. So dürfen z. B. die bei einem Vertragsverhältnis beteiligten Personen untereinander vereinbaren, dass die Erfüllung der hieraus hervorgehenden Verbindlichkeiten erst dann soll verlangt werden können, wenn die einzelnen Verpflichtungen nach Bestand und Umfang durch richterliches Urteil festgestellt worden sind. Hier hätte die Entscheidung — abgesehen von ihren regelmässigen Wirkungen — ausserdem noch die besondere Folge, dass sie das Verlangen auf Erfüllung der durch sie festgestellten Verpflichtung erst ermöglicht. In ähnlicher Weise liesse sich denken, dass die Prozessparteien oder dritte Personen durch vertragliche Abmachung von dem Erlass des zusprechenden Urteils Wirkungen irgendwelcher Art abhängig machten. Das Erkenntnis hätte dann neben seiner allgemeinen prozessualen Bedeutung auch die civilrechtliche Eigenschaft einer Bedingung, oder unter Umständen einer Befristung.

Häufiger als diese Beispiele rechtsgeschäftlich vorgesehener Urteilswirkungen sind die Fälle, in denen der Gesetzgeber selbst die Entscheidung zur Vorbedingung weitergehender Rechtsfolgen macht. So wäre es denkbar, dass ein positives Recht den Regress des Bürgen gegen den Hauptschuldner davon abhängig machte, dass jener zunächst auf Klage des Gläubigers verurteilt wäre. Nicht minder könnte statt der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner die Verurteilung desselben für genügend erklärt werden, um dem Bürgen die Einrede der Vorausklage abzuschneiden.

Ferner giebt es im geltenden Rechte gewisse Fälle, in denen der Richterspruch die notwendige Voraussetzung oder doch eine wesentliche Erleichterung für einen Eintrag in die öffentlichen Bücher bildet. Weiterhin ist nach § 774 Ziff. 4 BGB. die Verurteilung des Bürgen die Vorbedingung dafür, dass er unter gewissen Umständen Befreiung von seiner Haftung durch den Hauptschuldner verlangen kann. Sodann kann es sein, dass der Widerspruch eines Interessenten gegen gewisse ihn beeinträchtigende Massregeln, um

32) Dass dieses Kriterium freilich nicht überall durchgreift, werden die späteren Ausführungen über das Auslösungsurteil (unten im § 4) zeigen.

beachtlich zu sein, vorher noch als begründet urteilsmässig festgestellt werden muss. Und schliesslich ist des § 218 BGB. zu gedenken, nach welchem Ansprüche, die an sich einer kurzen Verjährung unterliegen, nach rechtskräftiger Feststellung erst in dreissigjähriger Frist verjähren.

In allen diesen Fällen erscheint es nun zweifellos, dass die konstatierende Natur des Urteils durch die damit verbundenen entfernteren Wirkungen in keiner Weise berührt wird[33]. Der Gesetzgeber kann eben die von ihm beliebten Rechtsfolgen, wie an irgend einen Thatbestand, so auch an ein Urteil knüpfen. Ebensowenig aber, wie auch sonst durch derartige Rechtsfolgen die juristische Eigenart jenes Thatbestandes irgendwie verändert wird, ebensowenig wird das Urteil seinem inneren Wesen nach schon aus dem blossen Grunde zu einem anderen, weil es gewisse Wirkungen auslöst, wie sie bei anderen Entscheidungen der gleichen Art im übrigen nicht eintreten.

Namentlich darf man sich durch solche sekundären Folgen, wie sie die deklarative Entscheidung herbeiführt, nicht dazu verleiten lassen, dieselbe als eine konstitutive aufzufassen. Denn bei einer solchen muss es gerade die Entscheidung sein, welche nach ihrem wesentlichen Inhalt unmittelbar darauf gerichtet ist, eine Änderung der Verhältnisse zu begründen. Hier dagegen ist es, wie die angeführten Beispiele zeigen, nicht der Richter, der durch seinen konkreten Ausspruch, sondern der Gesetzgeber, der durch sein allgemeines Gebot eine bestimmte Wirkung schafft.

Dieser Gesichtspunkt, dessen Richtigkeit wohl keinem Zweifel unterliegen kann, bedürfte ebenfalls kaum einer weiteren Ausführung, wenn er nicht zuweilen verkannt würde. Seine Ausserachtlassung erklärt es nämlich, dass mehrere Urteile, die bei zutreffender Auffassung den rein deklarativen zugerechnet werden müssten, vereinzelt anderen Kategorien zugewiesen werden. Gerade bei solchen bestrittenen Fällen dürfte sich aber der dargelegte Gesichtspunkt für die richtige Bestimmung des Urteils als bedeutsam erweisen. Das mag an einigen Beispielen gezeigt werden.

a) Der § 894 CPO. bestimmt in seinem ersten Satz:

---

33) Ähnliche Erscheinungen sind bei den anderen Arten von Urteilen ebenfalls denkbar, namentlich auch bei dem Konstitutivurteil. So ist das Ehescheidungsurteil Voraussetzung für die Bestrafung des Ehebruchs. So bewirkt dasselbe Urteil, wenn es den mitschuldigen Dritten nennt, ein Hindernis für die Heirat der Ehebrecher u. s. w.



„Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.“

Die Entscheidung äussert also kraft positiven Rechtssatzes die (privatrechtliche) Wirkung, welche die entsprechende Willenserklärung des Beklagten selbst herbeigeführt haben würde. Aus diesen Gründen wird hier von namhaften Schriftstellern ein Konstitutivurteil als vorliegend angenommen. Die im Erkenntnis enthaltene „Verurteilung“ — so führt man aus — sei rein formeller Art. Ihr wesentlicher Inhalt sei nicht die Feststellung einer zu erfüllenden Erklärungspflicht, sondern die Herbeiführung einer Rechtsänderung. Diese trete ganz unabhängig von irgend einer Willensbethätigung des Beklagten ein. Sie werde unmittelbar durch den behördlichen Urteilsakt herbeigeführt. Dieser sei daher der eigentlich wirksame, rechtsgestaltende Thatbestand.

Diese Auffassung scheint mir nicht zutreffend. Gegen sie spricht, dass die Wirkung, wie sie sonst an die Willenserklärung geknüpft ist, keineswegs immer mit der Rechtskraft des Urteils, sondern vielfach erst mit einem weiteren Ereignis eintritt. So entscheidet z. B., wenn die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, nicht der Zeitpunkt, in welchem das Urteil rechtskräftig wird, sondern derjenige, in welchem die vollstreckbare Ausfertigung desselben erteilt wird. § 894 Abs. 1 Satz 2 CPO.

Sodann braucht die Rechtsfolge, wie sie mit dem Urteil Platz greift, keineswegs identisch zu sein mit derjenigen, zu deren Herbeiführung der Beklagte verurteilt ist. Dies zeigt sich an dem Fall, wenn der Schuldner zu einer Willenserklärung verurteilt ist, welche der Eintragung in das Grundbuch oder in ein öffentliches Register zur Grundlage dienen soll. Hier gilt nämlich, solange das Urteil bloss für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, je nach Lage des Falles die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs als bewilligt (§ 895 CPO.), also eine ganz andere Eintragung, als sie bei Erfüllung des eingeklagten Anspruchs herbeigeführt werden könnte.

Hierzu kommt, dass der Richterspruch neben der abzugebenden Willenserklärung noch andere Leistungen betreffen kann, Leistungen, die seinen kondemnatorischen (also deklarativen) Charakter ganz ausser Zweifel stellen. So z. B. dann, wenn der Beklagte zur Begründung einer Hypothek und gleichzeitig zur Tradition eines Hypothekenbriefes, oder zur Bestellung eines dinglichen Rechtes

an einer beweglichen Sache und demgemäss — abgesehen von der Mitwirkung zur Einigung — auch zur Übergabe des Besitzes verurteilt wird.

Vor allem aber greift der oben entwickelte Gesichtspunkt ein. Das Urteil selbst zielt nach seinem rechtserheblichen Inhalt gar nicht auf Herbeiführung einer Rechtsänderung ab. Der Richter hat, dem Klagantrag entsprechend, lediglich zu untersuchen, ob der Beklagte zur Abgabe der verlangten Willenserklärung schuldig sei, und bejahenden Falles diese Verpflichtung zu deklarieren. Seine Entscheidung geht ausschliesslich auf Kondemnation, wie auch der Gesetzgeber lediglich davon spricht, dass der Schuldner „zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt" wird. Die besondere Funktion eines Richterspruchs ist aber durchaus unabhängig von dem Gegenstand, auf welchen sie sich bezieht. Und so kann auch in unserem Fall die Entscheidung um deswillen, weil sie eine Willenserklärung betrifft, keine andere begriffliche Bedeutung als andere Kondemnationsurteile haben.

Freilich begründet sie vermöge positiver Vorschrift eine ganz spezielle, in anderen Fällen nicht gegebene Wirkung. Allein dieselbe ist eine mittelbare, sekundäre, begrifflich zufällige. Sie könnte, ohne dass im Wesen des Urteils irgend etwas verändert würde, ebensowohl fehlen. Sie ist mit der Entscheidung lediglich aus praktischen Gesichtspunkten verknüpft worden. Ohne sie müsste nämlich der Verpflichtete, da die Willenserklärung eine ausschliesslich von seinem Willen abhängige Handlung bildet, in dem zeitraubenden, schwerfälligen und — seinem letzten Ergebnis nach — nicht immer erfolgreichen Zwangsverfahren des § 888 CPO., d. h. durch Androhung von Nachteilen, zur Erfüllung veranlasst werden. Nur um diese Weiterungen zu vermeiden, hat das Gesetz bestimmt, dass in gewissen Beziehungen die Willenserklärung durch die Verurteilung ersetzt werden soll. Der angegebene Zweck könnte aber, wenngleich nicht so einfach, so doch an und für sich auch auf anderem Wege erreicht werden, wie denn frühere Rechte thatsächlich vielfach ein anderes Verfahren eingeschlagen haben.

Damit ist aber die richtige Auffassung ohne weiteres gegeben. Das Urteil selbst ist reine Kondemnation. Die daran geknüpfte besondere Wirkung dagegen ist eine besondere Erscheinungsform der Exekution. Diese zwei Dinge decken sich untereinander ebensowenig wie auch sonst Vollstreckung und Entscheidung. Dass beide Funktionen in einem Akt äusserlich

verbunden werden, ändert an ihrer begrifflichen Verschiedenheit nicht das geringste. Wir haben es also mit einem der auch im übrigen nicht seltenen Fälle zu thun, in denen man von einem deklarativen Urteil mit qualifizierter Wirkung sprechen kann. Die gegnerische Ansicht aber, welche Konstitution annimmt, verwechselt den typischen, begriffsnotwendigen Inhalt der Entscheidung mit ihren weiteren, an und für sich zufälligen Rechtsfolgen[34].

b) Ein reines Feststellungsurteil ist auch dasjenige, durch welches eine Aktiengesellschaft wegen Mangels oder Nichtigkeit einer wesentlichen Bestimmung für nichtig erklärt wird[35].

Denn der Aktienverein kann von vorneherein als ungültig betrachtet und behandelt werden, ohne dass es jenes Urteils bedürfte. Insbesondere können auch schon vor seinem Erlass sowohl die Mitglieder als auch dritte Personen sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen. Jene sind an und für sich zu Einlagen nicht verpflichtet, brauchen die Beschlüsse als wirksam nicht anzuerkennen und die „Organe" nicht als solche gelten zu lassen. Diese können die verbindliche Kraft der im Namen des Vereines mit ihnen abgeschlossenen Geschäfte beliebig ablehnen u. s. w. Es liegt allerdings äusserlich eine Organisation vor, welche wie eine Aktiengesellschaft aussieht und möglicherweise eine Zeit lang wie eine solche funktioniert. Dieselbe ist indessen ein rein thatsächliches Gebilde, dem die rechtliche Anerkennung ebenso versagt ist, wie etwa einem Vertrag, der sich zwar äusserlich als rechtsbeständig darstellt, aber aus irgend einem Grunde nichtig ist.

---

34) Die Unterscheidung zwischen Urteilsakt und „werdendem Vollstreckungsakt" wird schon in scharfer Weise durchgeführt von Kohler, Archiv für civilistische Praxis 80 S. 278f. Siehe auch denselben, Zeitschr. B. 29 S. 21. Vgl. nunmehr namentlich die ausführliche Begründung von Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 445ff.; Lehrbuch S. 232 Note 4, der die praktischen Konsequenzen unserer Ansicht, namentlich im Fall ausländischen Urteils, durchaus zutreffend hervorhebt. Die Auffassung als Konstitutivurteil ist von Kipp in seiner übrigens sehr förderlichen Monographie betreffend die „Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen" 1892 begründet und seither vielfach adoptiert worden. So von Langheineken S. 252ff., der auch die weitere Litteratur anführt, ferner von Stein (Birkmeyers Encykl.) S. 1173; Gaupp-Stein, Komm. I S. 514 und zu § 894; Seuffert, Komm. zu § 253, 2c; Zitelmann, Internat. Privatr. II S. 282.

35) Entsprechendes gilt naturgemäss für die Nichtigerklärung einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft (§§ 94—97 Ges. v. 1. Mai 1889 in der Fassung vom 20. Mai 1898), und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§§ 75—77 Ges. v. 20. April 1892 in der Fassung vom 20. Mai 1898).

Das Urteil, welches ergeht, schafft also nicht erst die Nichtigkeit der Gesellschaft. Es bildet nicht einmal die Bedingung, unter welcher allein die schon früher gegebene Nichtigkeit von den Interessenten geltend gemacht werden könnte — wie z. B. bei den auslösenden Urteilen der im § 4 behandelten Art. Sondern es enthält die einfache Konstatierung, dass ein Aktienverein von vorneherein nicht bestanden hat und von jeher als nicht existent behandelt werden durfte[36]. Die Klage ist demnach auch keine Anfechtungsklage, sondern reine Feststellungsklage[37]. Allerdings erleichtert die ergangene Entscheidung die künftige Eintragung der Nichtigkeit in das Handelsregister. Allein auch diese Möglichkeit erscheint nicht als spezifische Folge des Nichtigkeitsurteils. Denn nach § 144 Abs. 1 FGG. kann die gleiche Eintragung durch das Registergericht oder das vorgesetzte Landgericht von Amtswegen herbeigeführt werden.

Die geschilderte Sachlage wird nun freilich durch zwei Umstände etwas verschleiert. Einmal nämlich wird die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt (§ 311 Abs. 2 HGB.), und es müssen demgemäss die Gesellschafter die versprochenen Einzahlungen soweit leisten, als es zur Erfüllung jener Schulden nötig ist (§ 311 Abs. 3 HGB.).

Die angeführten Bestimmungen hindern aber die Annahme der ursprünglichen Nichtigkeit ebensowenig, wie die sonstigen Vorschriften unserer Gesetze, durch welche dritte Personen, namentlich solche, die guten Glaubens sind, gegen die Folgen der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes geschützt werden. Wer sich mit einem als Aktiengesellschaft funktionierenden Organismus einlässt, soll durch dessen rechtliche Mängel nicht beeinträchtigt werden. Die Gläubiger behalten ihre Ansprüche, nicht weil die Aktiengesellschaft, sei es auch nur mit beschränkter Wirkung, ins Leben getreten wäre, sondern obgleich sie nicht entstanden war. Und diese Behandlung ist mit der Nichtigkeit des Vereins

---

36) Unsere Entscheidung zeigt allerdings insofern eine Eigentümlichkeit, als sie die Nichtexistenz eines Rechtssubjektes — nämlich des Aktienvereins —, nicht eines Rechtsverhältnisses oder einer Thatsache feststellt.

37) Beachtenswert ist in dieser Hinsicht, dass der § 309 HGB. nicht, wie z. B. der § 271 HGB. von einer „Anfechtung“ im Wege der Klage, sondern lediglich davon spricht, dass gewisse Personen die Nichtigerklärung „im Wege der Klage beantragen“ können.

nicht schlechter vereinbar, als im Falle der Konversion mit der Unwirksamkeit des erstrebten Geschäftes die Geltung eines anderen, oder als mit der Nichtigkeit eines abgeschlossenen Rechtsgeschäftes die Verpflichtung zum Ersatze des negativen Interesses.

Sodann könnte irreführend die Bestimmung werden, dass, nach Eintragung der Nichtigkeit in das Handelsregister, zum Zwecke der Abwickelung die Vorschriften entsprechend anzuwenden sind, wie sie für die Auflösung eines zu Recht bestehenden Aktienvereines gelten (§ 311 Abs. 1 HGB). Diese Bestimmung ist aber aus rein praktischen Gründen getroffen. Sie will die offenbaren Unzuträglichkeiten vermeiden, die eintreten würden, wenn jeder Aktionär sein Eigentum (in specie) zurückverlangen dürfte. Ihre Wirkung ist nun freilich die, dass mit dem Nichtigkeitseintrag nunmehr allerdings ein Aktienverein ins Dasein tritt, aber nicht mit der Bestimmung, den Gesellschaftszweck zu verwirklichen, sondern mit dem alleinigen Zweck der Liquidation. Allein aus diesem durch den Registereintrag, also regelmässig erst nach dem Urteil wirksam begründeten Verein darf nicht geschlossen werden, dass ein solcher auch schon vorher, insbesondere vor dem Nichtigkeitsurteil, bestanden habe, und erst durch das letztere beseitigt worden sei[38]).

c) Ähnliche Natur, wie die eben behandelten Urteile, hat die Entscheidung in gewissen urheber- und zeichenrechtlichen Fällen.

α) Hierher gehören zunächst gewisse Klagen auf Löschung von eingetragenen Gebrauchsmustern (Gesetz vom 1. Juni 1891). In dem § 1 dieses Gesetzes sind die Voraussetzungen geregelt, unter denen ein Gebrauchsmuster den urheberrechtlichen Schutz geniesst. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so hat nach § 6 Abs. 1 „Jedermann gegen den Eingetragenen Anspruch auf Löschung des Gebrauchmusters“[39]). Im allgemeinen gilt der Schutz,

38) Mit unserer Auffassung dürfte sich im wesentlichen decken, was die Denkschrift zur Novelle des Handelsgesetzbuchs S. 184f. — freilich in ziemlich unklarer Formulierung — ausführt. Ähnlich Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 21; Langheineken S. 157; Staub § 311 Anm. 4: „denn das Urteil stellt die Nichtigkeit nur fest“. Für Konstitutivurteil erklären sich Stein im Kommentar I S. 514 (der Wirkung ex tunc annimmt), wohl auch Cosack, Lehrb. des Handelsrechtes 5. Aufl. S. 615 VI, 1; Seuffert, Komm. I S. 348; namentlich aber Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 462 Anm. 15—17, Lehrb. S. 238, der Wirkung ex nunc annimmt, sich im übrigen aber wohl zu Unrecht auf Staub beruft.

39) Dass es sich bei dieser „Popularklage“ — so der treffende Ausdruck von Gierke, Deutsches Privatrecht S. 845 Anm. 28 — nicht um einen „Anspruch“

wenn er überhaupt besteht, gegenüber jedem Dritten. Aber „wenn der wesentliche Inhalt der Eintragung den Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen, Gerätschaften oder Einrichtungen eines anderen ohne Einwilligung desselben entnommen ist, so tritt dem Verletzten gegenüber der Schutz des Gesetzes nicht ein“ (§ 4 Abs. 3 des Gesetzes). Hier steht gemäss § 6 Abs. 2 „dem Verletzten ein Anspruch auf Löschung zu“.

Welchen Charakter haben nun die angeführten Löschungsurteile? Sie sind m. E. rein deklarativ. Sie führen keine Änderung der Rechtslage herbei. Sie beseitigen insbesondere nicht ein bisher bestehendes Recht. Und zwar gilt dies gleichmässig für beide Fälle des § 6. In dem einen (Abs. 1) war ein Gebrauchsmusterrecht überhaupt nicht entstanden. Denn die Eintragung begründet das Urheberrecht nur dann, wenn es sich um ein Gebrauchsmuster im Sinne des § 1 handelt, d. h. wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für seine Entstehung im übrigen vorliegen (§ 4 Abs. 1 des Gesetzes). Und in dem anderen Falle (Abs. 2) bestand gegenüber dem Verletzten, dessen Vorlagen der Inhalt der Eintragung entnommen ist, kein gesetzlicher Schutz (§ 4 Abs. 3), der durch das Urteil (§ 6 Abs. 2) rückgängig gemacht werden sollte.

Hier wie dort hat also die Eintragung die beabsichtigte Rechtswirkung nicht herbeigeführt. Das in ihr zum Ausdruck gebrachte Recht ist thatsächlich ein bloss scheinbares, auf dessen Nichtexistenz sich jeder Interessent ohne weiteres berufen kann. Ausserdem haben alle Beteiligten die Möglichkeit, durch Erwirkung des Löschungsurteils auch jenen äusseren Schein zu zerstören. Darin erschöpft sich die Bedeutung des Richterspruchs. Er stellt lediglich fest, dass ein Urheberrecht niemals bestand — sei es überhaupt, sei es mit Wirkung gegen den verletzten Kläger. Und durch diese Deklaration vernichtet er auch die mögliche Illusion, zu welcher der Eintrag Veranlassung geben konnte.

Die einzige Besonderheit unseres Falles gegenüber anderen negativen Feststellungsurteilen liegt in folgendem. Regelmässig ist das Recht, dessen Nichtbestehen deklariert werden soll, auch äusserlich nicht formalisiert, und es erweckt deshalb auch nicht einmal den Anschein der Existenz. Hier dagegen tritt es durch

---

im eigentlichen Sinne handelt, bedarf wohl keiner besonderen Ausführung und ergiebt sich ohne weiteres aus dem Anspruchsbegriff des § 194 BGB. Wir haben es also mit einem der früher angedeuteten Fälle zu thun, in denen der Ausdruck des Gesetzes missdeutig erscheint.

den Eintrag äusserlich in die Erscheinung. Durch diese wird eine — wenigstens faktische — Vermutung dafür geschaffen, dass das gebuchte Gebrauchsmusterrecht auch thatsächlich wirksam begründet war. Demgemäss hat das Urteil, welches die Unrichtigkeit des Eintrags feststellt, gegenüber anderen Fällen insofern eine grössere Wirkung, als es einen bisher vorliegenden stärkeren Anschein vernichtet. Es handelt sich mithiin lediglich um einen quantitativen, nicht um einen qualtativen Unterschied. Und dass auf Grund des Urteils die Löschung erfolgen kann, lässt sich erst recht nicht anführen, da auch sonst vielfach Entscheidungen von unstreitig deklarativer Natur die Voraussetzung für gewisse Eintragungen und Löschungen in öffentlichen Büchern bilden[40]).

*β*) Nicht anders verhält es sich mit dem Prozess auf Löschung eines eingetragenen Warenzeichens. Die Voraussetzung, unter der ein Dritter darauf klagen kann, ist eine dreifache: entweder ist das Zeichen für den Kläger bereits eingetragen, oder der Eingetragene setzt den Betrieb, zu dem das Zeichen gehört, nicht mehr fort, oder der Inhalt des Zeichens entspricht nicht den thatsächlichen Verhältnissen und begründet Täuschungsgefahr (§ 9 Ziff. 1—3 des Gesetzes vom 12. Mai 1894).

Auch hier fehlt es an den gesetzlichen Bedingungen für die Entstehung oder Fortdauer des Zeichenrechtes. Ein solches hat überhaupt niemals existiert: so in den Fällen § 9 Ziff. 1 und 3; oder es ist doch in dem Moment des Urteils erloschen: so in dem Falle des § 9 Ziff. 2, wenn nämlich der Geschäftsbetrieb eingestellt wird, — denn hier entfällt die notwendige Grundlage für das Zeichenrecht, welches gewissermassen nur ein Zubehör des Geschäftes bildet. Die Entscheidung hat also rein deklarative Bedeutung. Sie vernichtet nicht etwas Existentes, sondern stellt den Nichtbestand des eingetragenen Rechtes fest.

Die wahre Sachlage wird freilich auch in unserem Falle dadurch verschleiert, dass bis zur Löschung das Scheinrecht wenigstens einen faktischen Schutz geniesst, indem bis zu diesem Zeitpunkt die meisten Dritten das eingetragene Zeichenrecht, welches sich äusserlich als gültig darstellt, auch thatsächlich respektieren

40) Wie hier Gierke, Deutsches Privatrecht S. 845, c; Langheineken S. 158 f. Dagegen erklären sich für Konstitutivurteil: Stein im Komm. I S. 514, und namentlich Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 462 Anm. 14, Lehrbuch S. 238/239, freilich mit dem Unterschiede, dass der erstere Gelehrte in beiden Fällen des § 6, der letztere nur im Falle des § 6 Abs. 1 Wirkung ex tunc annimmt.



werden. Ein wirksamer Rechtsschutz steht aber nicht in Frage, wie sich zeigt, sobald eine Verletzung von dritter Seite stattfindet. Hier ist nämlich die Verfolgung des Dritten völlig aussichtslos, da er seinerseits jederzeit eine Klage oder Widerklage auf Löschung durchführen kann. Dass aber der Zustand faktischer Sicherung erst durch das Urteil völlig beseitigt wird, spricht für die Annahme des Konstitutivurteils ebensowenig, wie der Umstand, dass auf Grund der Entscheidung ein weiterer Rechtsakt, nämlich die formelle Löschung, herbeigeführt werden kann. Dies ergiebt sich aus den gleichen Erwägungen, wie sie für den unter $\alpha$ behandelten Fall angestellt worden sind[41]).

$\gamma$) Etwas verwickelter gestaltet sich die Sachlage in dem Falle der §§ 5 und 6 des gleichen Gesetzes. Ein Warenzeichen wird angemeldet, das nach Meinung des Patentamtes mit einem anderen, bereits eingetragenen übereinstimmt. Der Inhaber des letzteren wird dann benachrichtigt und muss Widerspruch erheben. Wird auf Grund desselben durch Beschluss des Patentamtes die Übereinstimmung der Zeichen festgestellt, so muss der Anmelder, der geltend machen will, dass sein Zeichen trotzdem eintragungsfähig sei, diesen Anspruch „im Weg der Klage gegenüber dem Widersprechenden zur Anerkennung bringen“.

Die hierauf ergehende Entscheidung dürfte wohl ebenfalls als Feststellungsurteil aufzufassen sein. Sie hat freilich einen eigenartigen Gegenstand. Sie deklariert nicht das Zeichenrecht des Klägers: denn dieses kann erst durch Eintragung entstehen; ebensowenig die Nichtexistenz eines Zeichenrechtes für den Beklagten — so Langheineken —; denn der Nichtbestand eines solchen ist eine blosse Voraussetzung — ein Element — der ihrem Wesen nach mit positivem Inhalt ausgestatteten Entscheidung. Vielmehr wird konstatiert, dass die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen der Kläger sein angemeldetes Zeichen trotz Übereinstimmung mit einem anderen zur Eintragung bringen

41) Für Konstitutivurteil Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 464, 462 Anm. 13, Lehrb. S. 238f.; Gaupp-Stein, Komm. S. 514. Für deklarative Entscheidung Langheineken S. 161 und Gierke S. 737 Anm. 67, der namentlich auf die rückwirkende Kraft der Entscheidung verweist. Dieser Umstand hat in der That, wenn auch nicht ausschlaggebende, so doch symptomatische Bedeutung. Übrigens würde, auch wenn unsere Ansicht nicht richtig wäre, in jedem Falle kein konstitutives, sondern allerhöchstens ein auslösendes Urteil der im § 4 darzulegenden Art anzunehmen sein.



lassen kann. Festgestellt wird also, um mit dem Gesetze zu reden, der „Anspruch“ des Klägers auf Eintragung. Dies ergiebt sich aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften, wie aus ihrem Wortlaut, namentlich aus der Wendung des § 6 Abs. 2 Satz 3: „die Eintragung auf Grund einer zu seinen Gunsten ergehenden Entscheidung wird unter dem Zeitpunkt der ursprünglichen Anmeldung bewirkt“. Schliesslich kann noch auf die hiermit ausgesprochene rückwirkende Kraft der erzielten Eintragung für unsere Ansicht verwiesen werden.

Das Urteil ist mithin rein deklarativ. Es hat freilich die Besonderheit, dass es die Voraussetzung für den Eintrag und für die hiervon abhängige Entstehung des Zeichenrechtes bildet. Es gehört also insofern zu den konstatierenden Urteilen mit qualifizierter Wirkung.

## § 3. Das konstitutive Urteil.

I. Bei der weitaus überwiegenden Mehrzahl von Rechtsstreitigkeiten hat das Urteil bloss die Bedeutung, dass es über eine schon ausserhalb des Prozesses eingetretene Rechtsfolge (oder Thatsache) befindet, d. h. ihre Existenz rein deklarativ bejaht oder verneint. In gewissen Fällen aber ist seine Aufgabe eine hiervon durchaus verschiedene. Das objektive Recht kann nämlich bestimmte Rechtsfolgen, statt sie mit dem ausserprozessualen Thatbestande zu verbinden, erst an das richterliche Urteil knüpfen[42]).

---

42) Die Litteratur des Konstitutivurteils ist ausführlich zusammengestellt bei Langheineken, Der Urteilsanspruch 1899. S 90ff. Von den dort genannten Schriftstellern sind hervorzuheben: Schrutka-Rechtenstamm, Grünhuts Zeitschr. 16, S. 619; Rocholl, Rechtsfälle II, S. 134ff. (mit der eigentümlichen, aber einen richtigen Kern enthaltenden Aufstellung der Konfliktsklagen); Wach, Handb. S. 12; Hölder, Pandekten S. 335f.; Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 579; Schmidt, Lehrb. S. 527; insbesondere Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen 1892. Hinzuzufügen sind, abgesehen von Langheineken selbst, § 9 und § 12, Stein, Die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der österreichischen CPO. 1897; derselbe im Kommentar I S. 512f. und in Birkmeyers Encyklopädie S. 1173, sowie Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbes. bei den Verurteilungsklagen (Hallische Festschrift für Fitting) 1903 S. 11f., 142f.; Seuffert, Kommentar 8. Aufl. I S. 347; Flechtheim in Gruchot 44 S. 675f., und Zeitschr. für deutschen Civilprozess B. 25 S. 405. Vor Allen aber hat sich um die Lehre verdient gemacht Hellwig, Anspruch und Klagrecht, namentlich §§ 57—59 und § 16, ferner in Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901 § 1 und Lehrbuch §§ 9, 34, 61, 62. — Völlig ablehnend verhält sich gegenüber der neuen Kategorie Kohler, Zeitschr. f. Civil-



Dies würde nun an und für sich noch nicht genügen, um den begrifflichen Charakter der Entscheidung als verändert erscheinen zu lassen. Denn die Rechtsordnung bietet, wie sich aus den früheren Ausführungen ergiebt, Beispiele genug, in denen Urteile von unzweifelhaft konstatierender Natur, ohne diese Eigenschaft irgendwie zu verlieren, spezielle Rechtsfolgen auslösen, die sich bei anderen Urteilen gleicher Art nicht vorfinden. Das gilt bei allen Erkenntnissen, die wir oben, in Ermangelung eines bestimmteren Ausdrucks, als deklarative Urteile mit qualifizierter Wirkung bezeichnet haben.

Das Urteil kann aber auch zu der betreffenden Rechtsfolge in dem Verhältnis stehen, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers sie unmittelbar selbst schafft, dass es nicht bloss den mehr oder minder zufälligen Anstoss für sie giebt, sondern sie als der wirkende, rechtlich massgebende Thatbestand direkt aus sich heraus entwickelt. Es bildet dann, mit anderen Worten, nicht lediglich die Veranlassung, sondern die eigentliche Ursache derselben. Es ist auf deren Herbeiführung nach seinem eigenen Inhalt und nach der Bestimmung des Gesetzgebers ausdrücklich gerichtet.

Der Spruch des Richters hat hier offensichtlich eine ganz eigentümliche, von seiner sonstigen Bedeutung durchaus verschiedene Funktion. Er dient nicht dazu, die vorhandene Rechtslage festzustellen, sondern umgekehrt dazu, dieselbe zu verändern. Er beschränkt sich also nicht darauf, zu konstatieren, was ist oder nicht ist. Er wirkt vielmehr auf die Rechtsverhältnisse ein, und bestimmt insofern, was sein soll. Er enthält eine Modifikation, keine Deklaration des bisherigen Rechtszustandes.

Zwar sind die Organe der Gerichtsbarkeit, wie im übrigen, so auch hier an die von der Gesetzgebung gezogenen Schranken gebunden. Der Richter darf insbesondere das Urteil nicht erlassen, ohne dass die Bedingungen erfüllt sind, von denen seine Entscheidung nach objektivem Recht abhängig gemacht ist. Während er aber sonst lediglich zu prüfen hat, ob der abstrakte Rechtssatz,

---

proz. B. 29. namentlich S. 9: „Es ist überhaupt unrichtig, von Konstitutivurteilen zu sprechen, wie dies neuerdings geschieht.“ Skeptisch auch Hölder, Zeitschr. eod. B. 29 S. 48 ff. — Wenn ich im folgenden gegen manche der genannten Schriftsteller zu polemisieren habe, so bedarf es wohl nicht erst der Versicherung, dass ich in manchen Punkten auf ihren Ergebnissen fusse und dass ich die von ihnen ausgehende Förderung der Urteilslehre wohl zu würdigen weiss.

auf den konkreten Thatbestand angewendet, eine gewisse Rechtsfolge bereits herbeigeführt hat, und während er sich bejahenden Falles mit der Bestätigung dieser Folge begnügt, untersucht er hier, ob die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen er selbst eine bestimmte Rechtswirkung zu begründen hat. Wenn er diese Frage in positivem Sinne beantworten muss, so schafft er die Rechtsänderung, die der Gesetzgeber von seinem Urteilsakt abhängig gemacht hat.

Seine Entscheidung ist also ein für die Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse unmittelbar bedeutsamer Thatbestand. Sie stellt sich insofern gleichwertig den übrigen juristischen Thatsachen zur Seite, welche konkrete Rechtsbeziehungen ins Leben rufen, verändern oder aufheben. Sie hat insbesondere hinsichtlich ihrer Folgen eine gewisse Ähnlichkeit mit den Geschäften des Civilrechtes, ohne selbst ein Rechtsgeschäft zu sein. Auf der anderen Seite nähert sie sich, wenn man einen Vergleich aus dem Gebiete des öffentlichen Rechtes vorzieht, jenen Verwaltungsakten, welche in die konkreten Verhältnisse unmittelbar gestaltend eingreifen.

Sie deckt sich aber mit keinem dieser Institute. Von jenen Rechtsgeschäften weicht sie darin ab, dass sie kein Thatbestand des materiellen Privatrechtes ist. Von den Verwaltungsakten aber unterscheidet sie sich auf das Wesentlichste dadurch, dass sie einmal eine Massregel der Gerichtsbarkeit und nicht der Verwaltung ist, und dass sie ferner nicht auf Beziehungen des öffentlichen Rechtes, sondern auf solche des Privatrechtes einwirkt.

Sie ist demnach ein Institut ganz eigener Art, für dessen Begriff zwei Momente wesentlich sind, ein mehr prozessuales und ein mehr privatrechtliches. Sie ist nämlich einerseits ein Akt der streitigen Gerichtsbarkeit, welcher als solcher in seinem Zustandekommen, in seinen materiellen und formellen Erfordernissen, und in seiner bindenden Kraft den civilprozessualen Vorschriften über Urteile unterworfen ist. Sie ist aber andererseits, im Gegensatze zu sonstigen Urteilen, ein Mittel, dessen sich das objektive Recht bedient, um auf die konkreten Privatrechtsverhältnisse in bestimmter Weise modifizierend einzuwirken. Sie hat mithin eine ganz spezifische civilrechtliche Bedeutung, welche über die rein prozessuale Erscheinung der Rechtskraft wesentlich hinausgeht. Sie wird daher mit Rücksicht auf diese ihre rechtsgestaltende Kraft und im Gegensatze zu den rein deklarativen oder konstatierenden

Erkenntnissen am besten wohl als konstitutives Urteil bezeichnet werden dürfen[43]).

Fassen wir das Gesagte zusammen, so können wir das Konstitutivurteil als dasjenige Urteil definieren, welches die vorher gegebene Rechtslage in irgend einer nicht schon durch die Rechtskraft gegebenen Beziehung bestimmungsgemäss und unmittelbar ausgestaltet.

Betrachten wir die einzelnen Bestandteile dieser Definition genauer.

1. Das Urteil ist es, welches erst auf die Privatrechtsverhältnisse einwirken soll. Darin liegt eine Besonderheit gegenüber der gewöhnlichen Behandlung. Regelmässig nämlich ist es der ausserprozessuale Thatbestand, der eine Rechtsfolge auslöst; und die Entscheidung hat daher lediglich deren Eintritt zu konstatieren. Hier dagegen ist das Verhältnis das umgekehrte. Der Thatbestand, der sich ausserhalb des Prozesses ereignet (z. B. der Ehebruch), bringt für sich allein noch keine Änderung in der materiellen Rechtslage hervor. Er bildet lediglich die Voraussetzung, unter welcher das Urteil (auf Ehescheidung) ergehen darf. Aber dieses ist es, das seinerseits erst die betreffende Wirkung — Auflösung der Ehe — herbeiführt[44]).

---

43) Die Terminologie steht noch nicht fest. Von Konstitutivurteil spricht namentlich Hellwig. Der Ausdruck „rechtsgestaltendes Urteil" (so Schrutka-Rechtenstamm, Stein) ist an sich nicht übel gewählt, passt aber nicht wohl für die Fälle, in denen das Urteil eine Veränderung nicht in den konkreten Privatrechten, sondern in anderen Beziehungen begründet (Beispiele: Todeserklärung, Kraftloserklärung einer Urkunde). Die Wendung „Bewirkungsurteile" ist deshalb nicht ganz angebracht, weil jedes Urteil mehr oder minder etwas „bewirkt", es aber gerade darauf ankäme, die besondere Art der Wirkung in unserem Falle auszudrücken. Endlich ist die Bezeichnung „Aufhebungsklage" (Flechtheim), wenn sie auch einen richtigen Kern enthält — darüber 1 b —, natürlich zu eng.

44) Man könnte auf diesen Umstand es auch zurückführen wollen, dass die konstitutive Entscheidung ohne Rücksicht darauf wirkt, ob die ihr zu Grunde gelegte Thatsache richtig ist oder nicht, dass also z. B. die ausgesprochene Ehescheidung in voller Geltung bleibt, auch wenn der Ehebruch zu Unrecht angenommen wurde. Allein die entsprechende Erscheinung zeigt sich in gleicher Weise bei allen anderen Urteilsarten, insbesondere bei den deklarativen, die ebenfalls unabhängig von ihrer materiellen Richtigkeit wirksam sind. Es handelt sich dabei um die allgemeine Erscheinung der Rechtskraft, vermöge deren Urteile, auch wenn sie falsch sind, im Interesse der Rechtssicherheit endgültig bindend sein müssen.



Der Rechtserfolg, auf den es dem Gesetzgeber in letzter Linie ankommt, wird also in dem einen Fall an den Thatbestand, in dem anderen an das Urteil geknüpft. Dort ist der ausserprozessuale Vorgang für die Rechtsänderung das ausschlaggebende, primäre Moment, welches durch das Urteil eine — an sich entbehrliche — Bestätigung erfährt. Hier dagegen erscheint das Urteil als der entscheidende Faktor, während der Thatbestand, der ihm zu Grunde liegt, nur die sekundäre Bedeutung eines Urteilselementes hat[45]).

Aus dem geschilderten Verhältnis erklären sich insbesondere zwei dem Konstitutivurteil eigentümliche Erscheinungen.

a) Zunächst ihre Seltenheit. Je mehr sich der Verkehr entwickelt und je freier sich die Stellung des Individuums innerhalb der Rechtsordnung gestaltet, um so natürlicher ist es, dass der Gesetzgeber bestimmte Rechtsfolgen unmittelbar an die ausserprozessualen Thatsachen knüpft, unter denen die wichtigsten naturgemäss die Rechtsgeschäfte der Privaten sind.

Schon unter den einfachsten Verhältnissen, und erst recht bei dem kompliziertem Getriebe unseres modernen Verkehrs wäre es eine einfache Unmöglichkeit, wollte der Staat in allen Einzelfällen einer erstrebten Rechtsänderung, oder auch nur in der Mehrzahl derselben, eine Mitwirkung seiner Gerichtsbarkeitsorgane als notwendigen Faktor vorsehen. Damit wäre eine unerhörte Weitläufigkeit und Schwerfälligkeit verbunden und wären dem Rechtsleben ganz unerträgliche Fesseln angelegt.

Demgemäss regelt denn auch die Rechtsordnung die Beziehungen der einzelnen Privaten unmittelbar, indem sie selbst die Thatbestände aufzählt, welche die Rechtsverhältnisse der Privaten ohne weiteres begründen, verändern und aufheben. — Und das Eingreifen des Gerichtes braucht nur für die — gegenüber der Masse aller bestehenden Rechtsbeziehungen überhaupt verschwindend seltenen — Fälle vorgesehen zu sein, in denen der Eintritt der Rechtsfolge unter den Beteiligten zweifelhaft erscheint, oder

45) Es liegt ein ähnlicher Gegensatz vor, wie auf dem Gebiete des Privatrechtes zwischen Thatsachen, die ein Rechtsverhältnis unmittelbar beendigen, und solchen, die der Partei bloss ein Rücktrittsrecht verleihen. Wie in dem letzteren Falle der Rücktrittsgrund nicht schon selbst das Rechtsverhältnis auflöst, sondern nur die Voraussetzung bildet, unter welcher der eigentliche Beendigungsakt des Rücktritts wirksam stattfinden kann, so giebt bei dem Konstitutivurteil der ausserprozessuale Vorgang nur die Grundlage für die richterliche Entscheidung als den eigentlich massgebenden, wirkenden Faktor.

in denen sich einzelne von ihnen nicht gemäss jenen Rechtsfolgen verhalten.

Dagegen wird eine Mitwirkung des Gerichtes bei Ausgestaltung der konkreten Rechtsverhältnisse viel seltener einzutreten haben. Denn es ist eine — bei der sekundären Stellung des Prozesses überhaupt und bei der genauen Kodifikation des Privatrechtes insbesondere — immerhin ungewöhnliche und anomale Erscheinung, dass der Gesetzgeber auf die unmittelbare eigene Normierung einer einzelnen Rechtsbeziehung verzichtet, um ihren näheren Ausbau einem besonderen Akte der staatlichen Gerichte zu überlassen. Überträgt doch hierdurch die Rechtsordnung einzelnen staatlichen Organen Machtbefugnisse, die diesen sonst nicht zustehen, und die, bei aller Begrenzung des dem Urteil freibleibenden Spielraums, dennoch in der Hand unfähiger Richterpersonen besonders gefährlich werden können. Um so gefährlicher, als in den meisten der hierher gehörigen Fälle die Privaten regelmässig ihre Verhältnisse nicht durch eigene Willensentschliessung regeln könnten, sondern gezwungen wären, sich zur Herbeiführung des erstrebten Rechtserfolges der unerwünschten gerichtlichen Mitwirkung zu bedienen.

Das Institut des Konstitutivurteils erscheint daher de lege ferenda als ein solches, von dem ein vorsichtiger Gebrauch zu machen ist. Es hat aber auch im geltenden Recht, verglichen mit den Normalfällen des deklarativen Urteils, nur ziemlich mässige Verwendung gefunden. Und überall, wo das Gesetz zu ihm gegriffen hat, darf angenommen werden, dass es sich zu diesem Vorgehen durch spezielle Gründe von zwingender Kraft oder doch erheblichem Gewicht veranlasst gesehen hat.

Welches können nun diese Gründe sein? Dieselben lassen sich, um das vorauszuschicken, nicht auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückführen, sondern sie sind sehr mannigfaltig je nach den Gegenständen, auf welche sich die einzelnen Arten von Konstitutivurteilen beziehen können, und je nach den Zwecken, denen sie dienen sollen.

Ein wichtiger Gesichtspunkt ist zunächst die für das Gesetz bestehende Schwierigkeit, die bei gewissen Rechtsverhältnissen denkbaren Möglichkeiten von vorneherein völlig zu übersehen, derart, dass die getroffene abstrakte Regelung nun auch für alle die verschiedenen Einzelfälle ein befriedigendes Ergebnis liefern würde. Wo diese Schwierigkeit be-

sonders gross ist, wird die Rechtsordnung es unter Umständen vorziehen, statt eigenen allgemeinen Rechtssatzes die Gestaltung der konkreten Beziehungen einem Urteil zu übertragen.

Dabei wird die Mitwirkung des Gerichtes vielfach schon *von vorneherein* vorgesehen sein, so z. B., wenn aus wichtigen Gründen das Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen werden soll. Es kann aber auch die ursprüngliche Ordnung eines Rechtsverhältnisses dem Willen der beteiligten Privaten überlassen werden, und nur mit Rücksicht auf die sich hierbei möglicherweise ergebenden Missstände, deren genaue Beurteilung nur im Einzelfalle thunlich erscheint, eine *nachträgliche Änderung* durch richterliches Urteil für zulässig erklärt werden. Das Urteil erscheint dann gewissermassen als ein *Korrektiv gegen die Willkür der zur Regelung ihrer Angelegenheiten an sich zunächst berufenen Privatpersonen.* So verhält es sich z. B., wenn die richterliche Herabsetzung einer vertraglich festgesetzten ungebührlich hohen Leistung stattfinden darf.

In anderen Fällen ist der Gedanke massgebend, dass gewisse Personen, welche, weil sie abwesend oder unbekannt sind, ihre Interessen nicht wahrnehmen können, die ihnen vom Gesetz angedrohten Nachteile nicht erleiden sollen, ohne dass zunächst die Voraussetzungen hierfür im Wege des Civilprozesses als gegeben ermittelt worden sind. Dies trifft beispielsweise für die *Ausschlussurteile im Aufgebotsverfahren* zu. Doch spielt hier gewiss auch die weitere Erwägung mit, dass Prozess und Urteil wegen der mit ihnen verknüpften Öffentlichkeit eine grössere Gewähr für die Ermittelung der unbekannten oder abwesenden Beteiligten bieten müssen.

Die *Rücksicht auf die Publizität* der richterlichen Entscheidung ist denn auch sonst für die Zulassung von Konstitutiv-worden. Das gilt namentlich für die Aufhebung von Rechtsver-urteilen vielfach bedeutsam gehältnissen, die durch einen formalisierten öffentlichen Akt entstanden sind. Hier entspricht es nicht selten der Natur der Sache, dass auch die Auflösung unter Mitwirkung eines öffentlichen Organs, insbesondere durch richterliches Urteil, erfolge. Diese Tendenz macht sich unter anderem für das Institut der Ehe geltend, bei welchem dem öffentlichen Abschluss die Beendigung durch den staatlichen Akt des Scheidungsurteils entspricht.

Aber auch bei Rechtsverhältnissen, die durch rein private Willenserklärung begründet sind, kann es im Interesse der Ver-

kehrssicherheit liegen, die Beendigung an den nach aussen deutlich hervortretenden Richterspruch zu knüpfen. Denn es werden durch diesen etwaige Zweifel der Beteiligten und dritter Personen über die Fortdauer oder Beseitigung der betreffenden Rechtsbeziehung am besten vermieden. Das trifft insbesondere für gewisse Organisationen zu, die sich als solche an dem Rechtsverkehr beteiligen, so z. B. für die offenen Handelsgesellschaften, bei denen Auflösung, Ausschluss einzelner Gesellschafter, Entziehung der Vertretungsmacht oder Geschäftsführungsmacht einzelner Socii durch Urteil erfolgen können.

Überhaupt ist die durch die Mitwirkung staatlicher Gerichte garantierte grössere Sicherheit der Rechtslage für die Einführung von Konstitutivurteilen vielfach ausschlaggebend. In den Fällen nämlich, in denen das Gesetz von dieser Mitwirkung absieht, und an den ausserprozessualen Thatbestand die Rechtsfolge knüpft, wird sich nicht selten eine gewisse Unbestimmtheit der Verhältnisse ergeben. Es kann zweifelhaft sein, ob der Thatbestand überhaupt oder doch in der Art eingetreten ist, dass er die bestimmte Wirkung auslöst, ob er ferner unter den einen oder den anderen von mehreren an sich einschlagenden Rechtssätzen gehört, u. s. w.

Wird dagegen die richterliche Entscheidung für den massgebenden Faktor erklärt, so ist eine derartige Unsicherheit nicht zu befürchten. Denn das Urteil, welches die Rechtsfolge begründet, setzt dieselbe zugleich ausser Zweifel. Es giebt ihr von vorneherein die unzweideutige Bestimmtheit, wie sie in der Rechtskraft der Civilentscheidung überhaupt enthalten liegt, und wie sie sonst im Bestreitungsfalle erst noch durch einen besonderen Prozess geschaffen werden müsste. Während also in den Regelfällen der Eintritt der Rechtswirkung zunächst der vollen Sicherheit entbehrt, und erst nachträglich bei etwa ausbrechenden Streitigkeiten durch deklaratives Urteil beseitigt werden muss, hat die konstitutive Entscheidung die doppelte Funktion, dass sie einmal die Rechtsfolge selbst begründet und dass sie sodann dieselbe zugleich für die Zukunft in unbestreitbarer Weise festlegt.

Endlich empfiehlt sich diese Form der Entscheidung auch bei solchen Verhältnissen, deren Bestand und sichere Ausgestaltung im öffentlichen Interesse liegen. Hier hat das Urteil den Zweck, durch die vorgeschriebene Beteiligung der staatlichen Gerichte eine willkürliche Einwirkung der Privaten auf

jene Verhältnisse zu verhindern — so z. B. bei der Ehescheidung —, oder doch jeden Zweifel über Änderungen wichtiger und folgenreicher Beziehungen auszuschliessen — so bei den auf Beseitigung ehelicher Güterstände gerichteten Entscheidungen. Auch in dem letzterwähnten Falle sind Erwägungen des allgemeinen Wohles massgebend, da ein erspriessliches Familienleben durch die Sicherheit der vermögensrechtlichen Grundlagen mit bedingt erscheint. Allerdings kommt hier daneben auch die Rücksicht auf die aussenstehenden Dritten, d. h. auf das Verkehrsinteresse, mit in Betracht.

Es ist denn auch allgemein zu beachten, dass die bisher angeführten Gesichtspunkte nicht isoliert auftreten, sondern dass mehrere von ihnen bei einem einzelnen Konstitutivurteil sehr wohl zusammentreffen können. Wie denn überhaupt — das dürfte aus der bisherigen Darstellung zur Genüge hervorgehen — dieselben in einer engen inneren Beziehung zu einander stehen.

b) Aus der Eigenart des konstitutiven Erkenntnisses erklärt sich eine weitere Eigentümlichkeit desselben, nämlich der Umstand, dass es fast überall einen rein negativen Inhalt hat. Dem Bestreben nach erschöpfender Kodifikation des Privatrechtes entspricht es, dass der Gesetzgeber für die vom Leben gebotenen Fälle thunlichst von vorneherein schon selbst Fürsorge trifft. Zur Überlassung der Regelung an ein spezielles Urteil wird er, wie bereits dargelegt, nur dann greifen, wenn nach Lage des Falles eine abstrakte Normierung durch allgemeinen Rechtssatz mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der möglichen Gestaltungen entweder unmöglich oder doch unzweckmässig erscheint.

Aber auch dann wird er es meistens vorziehen, die Mitwirkung des Gerichtes nur subsidiär zu gestatten, d. h. er wird ein bestimmtes Rechtsverhältnis zunächst ausserhalb des Prozesses eintreten lassen, und erst, wenn dessen Modifikation oder Aufhebung sich aus gewissen Gründen als nötig erweist, hierzu das Mittel des Konstitutivurteils benützen. Letzteres erscheint dann gewissermassen als ein Korrektiv gegen die Rechtslage, wie sie an und für sich ausserhalb des Prozesses durchaus ordnungsmässig begründet war, aber inzwischen verbesserungs- oder auflösungsbedürftig geworden ist. In dieser Beseitigung des bisherigen Zustandes, wie sie jeder Korrektur eigen ist, liegt aber ein negatives Moment.

Damit hängt ein weiterer Gesichtspunkt zusammen. Bei dem sekundären Charakter des Zivilprozesses ist es natürlich, dass die

Entscheidung des Richters, wenigstens in ihrer Dispositive, sich mit einem möglichst kurzen Inhalt begnügen, und ihre Ergänzung anderweitig suchen muss. Diese Einschränkung ergiebt sich bei den deklarativen Entscheidungen ohne weiteres, da hier lediglich eine schon anderwärts geregelte Beziehung festgestellt zu werden braucht, deren Einzelheiten unmittelbar aus dem objektiven Recht ersichtlich sind.

Bei den konstitutiven Urteilen aber müsste der Richter, da er es ist, der hier die Rechtsverhältnisse selbst gestaltet, an und für sich den genauen Inhalt derselben ganz speziell und ausführlich regeln. Hiermit wäre indessen eine unerwünschte, weder der Stellung der Gerichtsbarkeitsorgane noch den Interessen der Rechtspflege entsprechende Belastung des Urteils verbunden. Es wäre dem Prozess eine Aufgabe übertragen, die besser in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwiesen wird. Und dieser Missstand würde sich namentlich bei Urteilen mit positivem Inhalt geltend machen.

Dagegen ist er dort weniger bemerkbar, wo es sich lediglich um die Aufhebung eines bisher gegebenen Rechtszustandes handelt. Hier kann sich nämlich der Richterspruch auf die Beseitigung desselben beschränken. Er braucht auf die daraus hervorgehenden weiteren Konsequenzen nicht einzugehen. Denn, wie jede Negation ihren eigentlichen Inhalt erst durch die Beziehung zu einem positiven Ding empfängt, auf dessen Verneinung sie gerichtet ist, so wird die Bedeutung des negativen Urteils bestimmt durch das Rechtsverhältnis, dessen Aufhebung sie herbeiführen will. Mit anderen Worten: die rechtliche Lage, wie sie sich nach Erlass des negativen Konstitutivurteils gestaltet, ist ohne weiteres aus dem materiellen Privatrecht zu entnehmen. Es braucht lediglich das bisher bestehende Verhältnis weggedacht zu werden.

Die dargelegten Gründe lassen es erwarten, dass die Konstitutivurteile fast ausschliesslich negative Bedeutung haben werden. Und dieser Gesichtspunkt ist es denn auch, den man namentlich betont, wenn man das Urteil als „Aufhebungsurteil“ bezeichnet (s. oben Anm. 43 S. 48). Dass dem ein richtiger Gedanke zu Grunde liegt, zeigt schon ein flüchtiger Blick auf die Hauptfälle solcher Entscheidungen: Herabsetzung einer unbillig hohen Leistung, Scheidung der Ehe, Aufhebung eines ehelichen Güterstandes, Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft, Aus-

schluss eines Teilnehmers an einer solchen, Entziehung der Vertretungs- oder Geschäftsführungsmacht des Sozius, Ausschliessung unbekannter Berechtigter im Aufgebotsverfahren u. s. w. u. s. w. Überall beschränkt sich die Entscheidung auf die Beseitigung einer vorher gegebenen Rechtsbeziehung[46].

2. Das Konstitutivurteil bewirkt die Änderung der gegebenen Rechtslage bestimmungsgemäss. Darin liegt ein Doppeltes.

a) Es wird zunächst von der objektiven Rechtsordnung als das Mittel betrachtet, um eine gewisse Modifikation der Rechtsverhältnisse herbeizuführen. Da nun die hervorzurufende Wirkung im Einzelfalle sehr verschieden sein kann, so muss das Konstitutivurteil für jeden einzelnen Fall, in welchem es überhaupt zulässig sein soll, durch den Gesetzgeber ausdrücklich für statthaft erklärt werden.

Darin liegt ein bedeutsamer Unterschied gegenüber den deklarativen Urteilen. Diese treten uns als ein einheitlich geregeltes, abgeschlossenes Rechtsgebilde entgegen. Der Gesetzgeber begnügt sich, ihre rechtliche Bedeutung und ihre Zulässigkeit im allgemeinen zu bestimmen. Innerhalb dieses Rahmens ermöglicht er ebenso viele Einzelfälle, als Gegenstände der richterlichen Entscheidung denkbar sind. Er muss demgemäss notwendig auf die Aufzählung aller möglichen Urteilsinhalte verzichten, d. h. er wiederholt nicht bei jedem Rechtsverhältnis, dass auf dessen Feststellung, bei jedem Anspruch, dass auf dessen Erfüllung geklagt werden dürfe.

Anders bei den konstitutiven Urteilen. Diese bilden im geltenden Recht nicht ein allgemeines, einheitliches Institut. Und sie dürfen auch gesetzestechnisch nicht als solches behandelt werden,

---

46) Auch wo dies nicht der Fall zu sein scheint, lässt sich bei genauerer Betrachtung vielfach ein negatives Moment ermitteln. So enthält die Klage auf Wiederherstellung eines Güterstandes nichts anderes als die Aufhebung seines früheren Ausschlusses. Die Todesvermutung, wie sie sich an die Todeserklärung knüpft, bedeutet die vorläufige Verneinung der durch das Leben des Verschollenen bedingten Verhältnisse. Die Kraftloserklärung einer Urkunde giebt zwar dem Antragsteller die Befugnis, nunmehr die Rechte daraus geltend zu machen, hat also anscheinend eine positive Wirkung. Das Wesentliche ist aber die Loslösung der bisher an das Papier geknüpften Rechte von der Urkunde, mithin ebenfalls etwas rein Negatives. Die Entscheidung endlich, welche eine unbillig hohe Leistung herabsetzt, fixiert zwar positiv den wirklich geschuldeten Betrag. Insoweit sie sich aber nicht auf die Aufhebung der übersetzten Verbindlichkeit beschränkt, hat sie, wie später genauer darzulegen sein wird, eine über die konstitutive Natur hinausgehende Bedeutung. S. unten § 5 S. 138f.

aus dem Grunde, weil sie immerhin seltene Erscheinungen sind, die jeweils nur durch besondere Umstände und Bedürfnisse gerechtfertigt sind. Deshalb treten sie denn auch im positiven Recht als einzelne, kasuistisch geregelte auf[47]. Und deshalb finden sich für sie gemeinsame Grundsätze nicht aufgestellt. Vielmehr ist die wissenschaftliche Auslegung darauf angewiesen, die verstreut liegenden Beispiele zu ermitteln, zu sammeln und in ihren gemeinsamen begrifflichen Merkmalen zu erforschen.

Aus dieser Regelung ergeben sich wichtige praktische Konsequenzen. Zunächst dürfen konstitutive Urteile nur insoweit ergehen, als sie durch Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind. Hier gilt also die Formel: verboten sind alle Entscheidungen dieser Art, die nicht ausdrücklich erlaubt sind. Bei den deklarativen Erkenntnissen dagegen herrscht das Prinzip: alle Urteile sind, sofern sie sich im Rahmen der allgemeinen prozessualen Erfordernisse bewegen, gestattet, sofern sie nicht in einzelnen Ausnahmsfällen untersagt sind.

Nach dem Gesagten wäre es insbesondere unzulässig, den Kreis der gegebenen Konstitutivurteile auszudehnen, und zu den gesetzlich vorgesehenen noch andere Fälle aus dem blossen Grunde hinzuzufügen, weil sie mit den bereits anerkannten gleich gelagert sind. Eine erweiternde Auslegung in diesem Sinne würde, eben wegen des Ausnahmscharakters der betreffenden Urteilsform, durchaus unstatthaft sein.

Wohl aber ist eine analoge Interpretation in einem anderen Sinne möglich. Das Gesetz ist nämlich, wie dies bei kasuistischen Bestimmungen nicht anders sein kann, in der Behandlung der einzelnen Konstitutiventscheidungen nicht gleichmässig verfahren. Es hat vielmehr gewisse Fälle genauer als die anderen geregelt, indem es für sie bezüglich der Voraussetzungen und Wirkungen des Urteils speziellere Rechtssätze aufgestellt hat, die es bei sonstigen, im übrigen ebenso gearteten Fällen von Konstitutivurteilen nicht erwähnt. Hier wird es der Auslegung nicht verwehrt sein, jene speziellen Rechtssätze, sofern sie sich als Folgerungen aus dem Begriff des Konstitutivurteils darstellen, auf andere Entscheidungen gleicher Art zu übertragen.

47) Damit hängt zusammen, dass die Kategorie der konstitutiven Entscheidungen nicht abgeschlossen ist. Es können durch einzelne Gesetze nach Bedürfnis beliebig neue Fälle hinzugefügt werden, ohne dass darin eine Erweiterung des Urteilssystems erblickt werden könnte.



Sodann folgt aus der kasuistischen Regelung ein weiterer Gesichtspunkt. Da die konstitutiven Urteile speziell vorgesehen sein müssen, so sind auch für alle einzelnen Anwendungsfälle desselben die klagberechtigten Personen ausdrücklich bezeichnet oder doch aus dem Zusammenhang des Gesetzes ohne weiteres zu entnehmen. D. h. auch die Sachlegitimation wird nicht aus allgemeinen Gesichtspunkten, sondern nach dem Bedürfnis des Einzelfalles gewährt.

Entsprechendes gilt für das sogenannte rechtliche Interesse. Dieses Erfordernis braucht bei den Klagen auf konstitutives Urteil, anders als etwa bei den Feststellungsklagen, nicht allgemein aufgestellt zu werden. Denn, sobald die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen nach Bestimmung des Gesetzes die konkrete Rechtsgestaltung durch Urteil erfolgen darf, steht zugleich fest, dass der Klagberechtigte ein von der Rechtsordnung anerkanntes Interesse an ihrer Herbeiführung hat.

b) Die Zweckbestimmung des konstitutiven Urteils, nämlich Modifikation der gegebenen Rechtslage, kommt nicht bloss in der Gesetzesvorschrift, durch die es für zulässig erklärt wird, sondern auch in dem einzelnen Urteile selbst zum Ausdruck.

Der Richter stellt nicht fest, insbesondere verurteilt er auch nicht. Sondern er spricht eine Veränderung dessen aus, was bisher war. Die Dispositive des Urteils lautet, nach ihrer Fassung, nicht auf Bestätigung, sondern auf Veränderung des vorhandenen Rechtszustandes. Sie bestimmt, schon rein äusserlich betrachtet, nicht was ist, sondern was sein soll. Dies zeigt sich an dem Wortlaut fast aller konstitutiven Entscheidungen. Die Ehe wird geschieden, der Güterstand wird aufgehoben, die Gesellschaft wird aufgelöst, der Gesellschafter wird ausgeschlossen; die Leistung wird herabgesetzt u. s. w. In allen diesen Wendungen tritt die rechtsgestaltende Bestimmung des Urteils deutlich in die Erscheinung[48]).

Der Gedanke, dass zu den konstitutiven Entscheidungen nur solche gezählt werden dürfen, die eine Rechtsänderung bestimmungsgemäss herbeiführen, wird namentlich auch für die Auffassung des unrichtigen deklarativen Urteils bedeutsam. Dasselbe wird vielfach als konstitutives Erkenntnis betrachtet.

48) In anderen Fällen ist der Ausdruck weniger bezeichnend. So z. B., wenn jemand für tot „erklärt", eine Urkunde für kraftlos „erklärt" wird. Über die Vieldeutigkeit dieser Wendung s. unten § 4 Anm. 73 S. 98.



Denn es lasse ja — so wird geltend gemacht — vermöge der Rechtskraftswirkung die Verhältnisse für die Zukunft so gelten, wie es dieselben festgestellt habe. Und darin liege eben eine Modifikation des bisherigen Rechtszustandes, wie sie zum Begriff der Rechtsgestaltungsurteile gehöre.

Allein dem ist nicht beizutreten. Eine Veränderung tritt hier allerdings ein. Aber sie ist nicht bestimmungsgemäss. Sie wird nicht von dem Gesetzgeber im allgemeinen und von dem Richter im besonderen als Zweck des Urteils angesehen, wie dies bei den wirklich konstitutiven Entscheidungen der Fall ist. Sondern sie ist umgekehrt ein zufälliges, nicht gewolltes und sogar sehr unerwünschtes Ergebnis der Rechtskraft. Nur damit ein Ende des Streites sei, soll das Urteil gelten, obgleich es falsch ist. Es bewirkt also eine Rechtsänderung, nicht, weil es nach seiner begrifflichen Bedeutung eine solche herbeiführen sollte, sondern obgleich es keine hätte begründen dürfen, vielmehr sich auf blosse Konstatierung der gegebenen Rechtslage hätte beschränken müssen. Und es bleibt, wie schon die äussere Form zeigt, nicht minder um deswillen ein deklaratives Urteil, weil es eine falsche Deklaration enthält[49]).

3. Das Urteil muss, um konstitutiv zu sein, die erstrebte Rechtsänderung unmittelbar herbeiführen, d. h. es muss dieselbe begründen, ohne dass ein weiterer Umstand einzutreten braucht. Wo dagegen die Entscheidung lediglich die Voraussetzung für den Erlass eines weiteren Aktes bildet, der selbst erst die bisherige Rechtslage modifiziert, da darf sie nicht schon wegen dieses mittelbaren Einflusses auf die Rechtsverhältnisse den konstitutiven Urteilen zugerechnet werden.

a) Deshalb dürfte es nicht richtig sein, von einer konstitutiven Natur der Leistungsurteile zu sprechen[50]). Denn dieselben enthalten nichts anderes, als die Konstatierung eines zu erfüllenden Anspruchs.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sie allerdings mittelbar eine Rechtsänderung insofern ermöglichen, als sie die Voraussetzung der Zwangsvollstreckung bilden. Denn diese Rechtsänderung ist dann eben erst die Folge der Exekution, nicht schon des Urteils selbst. Wie ja möglich ist einerseits Kondemnation

49) Wie denn auch jeder logische Schluss, auch wenn er falsch ist, darum doch die begriffliche Natur eines Urteils behält.

50) So Hellwig, Lehrbuch I S. 47, Langheineken S. 86, 101, 203f.

ohne Vollstreckung — nämlich dann, wenn der Kläger von seinem Titel keinen Gebrauch macht —, und andererseits Vollstreckung ohne Kondemnation, nämlich in den Fällen der exekutorischen Urkunden. Zur Begriffsbestimmung des Urteils dürfen aber nur dessen unmittelbare, nicht auch die entfernteren Wirkungen herangezogen werden.

Aus diesem Grunde behält ein Urteil, das sich seinem Inhalte nach in einer Feststellung (speziell Kondemnation) erschöpft, auch dann seine deklarative Natur, wenn die Vollstreckung nicht noch ein besonderes Verfahren voraussetzt, sondern vermöge einer Art von Antizipierung mit dem Urteil selbst verknüpft ist. Daher dürfen, wie schon früher ausführlich dargelegt wurde (s. oben § 2 S. 36 f.), auch die Entscheidungen, welche den Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilen, nicht zu den konstitutiven Erkenntnissen gezählt werden, obgleich sie nach positiver Gesetzesvorschrift die Wirkungen jener Willenserklärung, sei es vollständig, sei es doch wenigstens zum Teil, herbeiführen.

b) Natürlich ist zur Herbeiführung eines konkreten Erfolges das konstitutive Urteil, insbesondere vom gesetzgeberischen Standpunkt aus, nicht die einzig denkbare Form. Möglich ist vielmehr auch eine andere Gestaltung. So kann bestimmt werden, dass ein Urteil lediglich die Aufgabe haben soll, eine Konstatierung zu treffen, und dass auf Grund dieser Feststellung ein weiterer Akt stattfinden kann, der seinerseits nun den Rechtserfolg auslöst. Es ist klar, dass bei dieser Regelung, die an sich zu ähnlichen praktischen Folgerungen führt, wie die Zulassung eines konstitutiven Urteils, dennoch nicht der letztere Typus, sondern derjenige des deklarativen Urteils vorliegt.

Dass aber beide Formen bei einem und demselben Rechtsinstitut, legislatorisch betrachtet, an und für sich denkbar sind, zeigt beispielsweise ein Vergleich zwischen französischer und deutscher Ehescheidung. Letztere geschieht unmittelbar durch den Richterspruch selbst: das Urteil ist konstitutiv. Jene dagegen erfolgt in der Weise, dass der Richter lediglich den Scheidungsgrund bezw. die Zulässigkeit der Scheidung feststellt, und dass dann erst ein Akt des Standesbeamten die Auflösung der Ehe bewirkt. Hier ist also das Urteil rein deklarativer Natur.

c) Auch wenn ein eigentliches Konstitutivurteil ergeht, liegt in ihm allerdings eine Feststellung enthalten, nämlich die Bejahung des Thatbestandes, von welchem das Gesetz den

Erlass jener rechtsgestaltenden Entscheidung abhängig gemacht hat. So deklariert z. B. das Ehescheidungsurteil zugleich das Vorliegen des Scheidungsgrundes, auf welches es sich stützt.

Allein dieser Umstand darf nicht zu der Auffassung verleiten, als ob sich die rechtsgestaltende Entscheidung in einer solchen Feststellung erschöpfte. Vielmehr bildet diese lediglich ein Element für die zu fällende, auf Umgestaltung der Rechtsverhältnisse gerichtete Entscheidung. Die Sachlage ist also nicht die, dass der Richter lediglich den Thatbestand (Ehebruch) konstatiert und dass der Gesetzgeber die Rechtsfolge (Ehescheidung) an diese Konstatierung knüpft. Sondern das Urteil zieht selbst die Konsequenz aus der festgestellten Thatsache, indem es auf Grund dieser die vom Gesetzgeber vorgesehene Wirkung selbst herbeiführt.

II. Der Begriff des konstitutiven Urteils tritt deutlicher hervor, wenn diejenigen Merkmale ausgeschieden werden, die sich zwar bei einzelnen Fällen dieses Typus vorfinden, die aber *für dessen rechtliche Natur nicht von entscheidender Bedeutung sind*.

1. Zunächst ist es für den Begriff gleichgültig, ob der Erfolg, den das konstitutive Urteil herbeiführen soll, *de lege ferenda nicht ebensowohl auf dem Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit erreicht werden könnte*.

a) Dieser Weg ist es denn auch, den der Gesetzgeber regelmässig einschlägt, wenn er die staatlichen Behörden an der Gestaltung der konkreten Verhältnisse mitarbeiten lässt. In der That erscheint für den angegebenen Zweck die Verfahrensart der freiwilligen Gerichtsbarkeit im allgemeinen wohl geeignet. Sie bewegt sich in einfacheren Formen als der Civilprozess. Sie bildet vielfach, beim Fehlen eines Gegeninteressenten, das einzig mögliche Mittel. Sie vollzieht sich vor einem Einzelrichter, der oft aus eigener Beobachtung eine eingehende Kenntnis der massgebenden Verhältnisse besitzen wird. Sie führt rascher zum Ziel und gewährt dem Gericht, vermöge der ihm verliehenen freieren Stellung, bessere Gelegenheit, die Regelung eines bestimmten Verhältnisses den Bedürfnissen des Einzelfalles anzupassen. Aus diesen Gründen erklärt es sich, dass die staatliche Einwirkung auf Privatrechtsbeziehungen meistenteils nicht durch das Mittel des Urteils, sondern durch Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit angestrebt wird.

b) Es giebt indessen Fälle, in denen vom legislatorischen

Standpunkt aus die Form des Civilprozesses angemessener erscheint. In der Regel wird es sich um Verhältnisse handeln, bei denen mindestens zwei Personen beteiligt sind, deren Interessen notwendig oder doch möglicherweise in Kollision geraten. Unter dieser Voraussetzung sind schon die äusseren Bedingungen für das Verfahren des Civilprozesses gegeben, das ja seiner ganzen Struktur nach fast ausschliesslich auf der Grundlage des Zweiparteienverhältnisses aufgebaut ist.

Für dasselbe können im Einzelfall mannigfache Gesichtspunkte sprechen. Zunächst ermöglicht seine Benützung wegen der Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens eine stärkere Kontrolle über das Gericht. Den Beteiligten ist ferner vermöge der Verhandlungsmaxime grösserer Einfluss auf die Grundlagen der Entscheidung gewährt, wie auch andererseits die Freiheit des Richters, namentlich mit Rücksicht auf die den Parteien gewährten Mittel formeller Feststellung und auf die Folgen der nicht erfüllten Beweislast, erheblich eingeschränkter erscheint.

Unter Umständen werden sich auch im Prozessverfahren die Parteien durch die Gegensätzlichkeit ihrer egoistischen Interessen zu ausgiebigerer Herbeischaffung von Prozessstoff veranlasst sehen. Und das ausgebildetere Rechtsmittelsystem gewährleistet ebenfalls vielfach eine gründlichere Überprüfung der Sache. Vor allem kommt dem prozessualen Urteil die den Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit eigentümliche Eigenschaft der materiellen Rechtskraft zu, welche eine grössere Sicherheit der Verhältnisse um deswillen garantiert, weil sie die staatlichen Gerichte wie auch die Privaten in viel stärkerem Masse bindet, als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

c) Ob nun der Gesetzgeber in einer konkreten Angelegenheit der einen oder anderen Form den Vorzug geben soll, wird sich meist ohne Schwierigkeit entscheiden lassen. Indessen giebt es auch Fälle, in denen sich für jede der beiden Behandlungsarten gewichtige Gründe geltend machen lassen. Welche Regelung zum positiven Rechte zu erheben sei, ist dann im wesentlichen eine Frage des gesetzgeberischen Taktes. Dagegen giebt es keine begrifflichen inneren Kriterien, welche eine bestimmte Sache von vorneherein mit logischer Notwendigkeit dem einen oder anderen Gebiete zuweisen würden. Die Grenze zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit mag nach welchen Merkmalen immer zu ziehen sein, so viel ist sicher, dass sie nicht nach der

Beschaffenheit des materiellen Gegenstandes bestimmt werden darf[51]).

Dieser Satz, der sich durch zahlreiche Anwendungsfälle bestätigen liesse, mag hier nur an einem Beispiel erläutert werden.

Handelt es sich um die Teilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes und sind die Genossen über die Art derselben nicht gleicher Meinung, so hat der Gesetzgeber die Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten. Er kann die Parteien auf den Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit verweisen, derart, dass auf Antrag einer von ihnen in einem nichtstreitigen Verfahren durch Beschluss des Gerichtes die Teilung vollzogen wird. Oder aber er kann den Prozessweg vorschreiben, speziell den Erlass einer konstitutiven Entscheidung verlangen. Dann ist Klage zu erheben und im Verfahren des Civilprozesses ein formelles Urteil zu erwirken[52]). Welche von den beiden Alternativen vorgezogen wird, richtet sich offensichtlich nur nach praktischen Erwägungen. Dagegen wird durch die getroffene Wahl das Wesen der Sache selbst, nämlich Auseinandersetzung einer Gemeinschaft unter behördlicher Mitwirkung, in keiner Weise berührt[53]).

---

51) Auf die schwierige Frage nach Verhältnis und Abgrenzung von freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit kann hier nicht weiter eingegangen werden. Vergl. hierüber namentlich Schultze, Prozess. Zeitbestimmungen S. 55ff.; Wach, Handbuch S. 47ff.; Hellwig, Lehrbuch § 12.

52) Über eine dritte Möglichkeit, nämlich Leistungsurteil, siehe weiter unter 2.

53) Das geschilderte Verhältnis zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit zeigt sich übrigens nicht bloss bei konstitutiven, sondern auch bei Leistungsurteilen. D. h. auch hier hat der Gesetzgeber, der einen bestimmten Erfolg will, ein doppeltes Mittel zu dessen Herbeiführung. Er kann dem Interessenten den Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit eröffnen. Er kann ihm aber auch gegen den anderen Beteiligten einen förmlichen Rechtsanspruch geben, der durch spezielle Leistungsklage verfolgt werden soll. Ein interessantes Beispiel hierfür bietet der elterliche Heiratskonsens. Auf diesen musste nach § 32 des Personenstandsgesetzes (in alter Fassung) das Kind Klage erheben. Nach § 1308 BGB. dagegen ist die ohne wichtigen Grund verweigerte elterliche Einwilligung auf Antrag des volljährigen Kindes durch das Vormundschaftsgericht zu ersetzen, d. h. nunmehr ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorausgesetzt. Als Gründe für diese Behandlung führen die Protokolle S. 4922 ff. an: freiere Gestaltung des Verfahrens, Vermeidung des Anwaltszwangs, Fehlen der formellen Beweislast, bessere Kenntnis der einschlägigen Verhältnisse beim Vormundschaftsgericht, versöhnliche Einwirkung desselben auf die Beteiligten im Gegensatz zum verbitternden Prozess. Als weiterer Gesichtspunkt liesse sich wohl auch die (in den Protokollen nicht erwähnte) Ähnlichkeit der vorliegenden Angelegenheit mit anderen Fällen des BGB. erwähnen. Beispiele: §§ 1304, 1357, 1379, 1447, 1456. Jedenfalls handelt es sich überall um Erwägungen der Zweckmässigkeit.

2. Für die gerichtliche Natur des konstitutiven Urteils ist es ferner unerheblich, ob das praktische Ergebnis desselben bloss durch richterlichen Akt oder auch durch Handlungen des Beklagten herbeigeführt werden kann.

In gewissen Fällen trifft allein das erstere zu, nämlich dort, wo es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die der Verfügung der beteiligten Privaten entzogen sind. Hier ist, wenn der Erfolg überhaupt durch Urteil — und nicht etwa durch andere behördliche Massregeln — erzielt werden soll, das Konstitutivurteil die einzige denkbare Form. Das gilt z. B. beim Rechtsverhältnis der Ehe. Dasselbe kann, da sein Bestand im öffentlichen Interesse liegt, nur durch behördlichen Akt, nämlich durch Ehescheidungsurteil, nicht auch durch Willensübereinstimmung der Parteien aufgelöst werden.

Regelmässig aber ist eine derartige Mitwirkung des Gerichtes nicht unbedingt geboten. Vielmehr liesse sich der gleiche Erfolg ebensowohl durch Willenserklärung der beteiligten Privaten erreichen. So kann eine offene Handelsgesellschaft, statt durch Urteil des Gerichtes, auch durch Vereinbarung der Teilnehmer aufgelöst werden. Entsprechendes gilt von dem Ausschluss eines Gesellschafters. Weiterhin könnte ein ehelicher Güterstand, wie im Weg der Klage, so auch beliebig durch Ehevertrag aufgehoben werden. Und die Herabsetzung einer Leistung, die unter Umständen vom Richter verlangt werden kann, würde ebensogut durch teilweisen Verzicht des Berechtigten zu erzielen sein.

In den eben angeführten Fällen wäre nun das Konstitutivurteil an und für sich wohl entbehrlich. Der Zweck, dem es dient, liesse sich nämlich auf dem Wege erreichen, dass man dem einen Interessenten gegen den anderen einen privatrechtlichen Anspruch verliehe, gerichtet auf Abgabe der nötigen Willenserklärung durch den Gegner: z. B. auf Austritt aus der offenen Handelsgesellschaft, Abschluss des Ehevertrages u. s. w. Der Berechtigte würde dann auf Leistung klagen, und der Richter kein konstitutives, sondern ein verurteilendes Erkenntnis erlassen, mit dessen Rechtskraft die betreffende Willenserklärung als abgegeben zu gelten hätte. Im praktischen Ergebnis würde diese Art der Behandlung auf das gleiche hinauslaufen, wie die Einführung eines Konstitutivurteils.

Die Gründe, weshalb der Gesetzgeber in Einzelfällen lieber zu dem letzteren Mittel gegriffen hat, werden sich meist mit absoluter Gewissheit nicht ermitteln lassen. Bestimmend mag viel-

fach der Umstand gewesen sein, dass die unmittelbare Rechtsgestaltung durch den Richter einfacher und schneller zum Ziel führt, als der Umweg über die einzuklagende Leistung des Verpflichteten. Und in der That hat es gerade in den hier einschlagenden Fällen, in denen ohnehin die Klage meist durch ein Verschulden des Gegners, d. h. durch eine vertragswidrige Beschaffenheit seines Willens veranlasst ist, die Beseitigung der eingetretenen Rechtsverletzung — wenn auch nur theoretisch — erst noch an einen besonderen Willensakt dieses Gegners zu knüpfen [54].

Dagegen wird sich der Gesetzgeber für die Leistungsklage dann entscheiden, wenn er das freie Ermessen des Richters, wie es regelmässig mit dem konstitutiven Urteil verknüpft ist, vermeiden will, und es vorzieht, statt dessen die Rechtsänderung, welche unter bestimmten Voraussetzungen herbeigeführt werden soll, von vorneherein im objectiven Rechte genau zu regeln. Sind in dieser Weise die Interessenten der schon im Gesetze vorgesehenen Normierung unterworfen, so ist es naturgemäss, dass jeder von ihnen gegen den anderen auf Mitwirkung zu ihrem Vollzug, d. h. auf Abgabe einer Willenserklärung, klagen kann und muss.

Dass in der soeben erwähnten Beziehung die Anschauungen hinsichtlich eines und desselben Institutes auch wechseln können, zeigt wiederum die Behandlung des Teilungsanspruchs. Sie war im gemeinen Rechte die, dass der Richter auf Klage eines Genossen die Art der Teilung selbst bestimmte und zum Zweck ihrer Durchführung auch unmittelbar in die Rechte der Einzelnen verändernd eingriff. Sein Urteil hatte daher ein konstitutives Moment.

Nach dem BGB. dagegen wird die Art der Auseinandersetzung von vorneherein im Gesetze vorgeschrieben. Jeder Genosse hat gegen die übrigen einen Anspruch darauf, dass gerade in der gesetzlich vorgesehenen Weise und nur in dieser geteilt werde. Wird der Anspruch nicht freiwillig erfüllt, so muss Klage auf Leistung erhoben werden. Das ergehende Urteil bestimmt dann nicht erst selbständig den Teilungsmodus, sondern es konstatiert lediglich den bereits vorhandenen, vom Beklagten zu erfüllenden Anspruch auf die im objektiven Recht vorgesehene Art der Auseinander-

54) Wohl aber würde eine besondere Klage auf Willenserklärung z. B. dann gerechtfertigt erscheinen, wenn sich der Belangte von vorneherein zu ihrer Abgabe verpflichtet hätte. In den Fällen des Textes dagegen würde die Pflicht zur Willenserklärung auf Gesetz beruhen.

setzung. Das richterliche Erkenntnis ist demnach nicht konstitutiv, sondern rein deklarativ[55]).

3. Der zuletzt dargelegte Gedanke führt uns zu einer weiteren Frage. Ist es für den Begriff des konstitutiven Urteils von wesentlicher Bedeutung, ob für die zu treffende Entscheidung dem Ermessen des Gerichtes ein grösserer oder geringerer Spielraum gelassen ist?

Diese Frage dürfte zu verneinen sein. Zwar lässt sich eine bestimmte Tendenz in folgender Richtung nicht verkennen. Der Gesetzgeber wird überall dort, wo er selbst an einen Thatbestand unmittelbar eine gewisse Rechtsfolge knüpft, dieselbe meist so genau als thunlich bezeichnen. Soll durch den Richterspruch lediglich Vorhandenes deklariert werden, so muss der festzustellende Rechtszustand von vorneherein möglichst bestimmt geregelt sein.

Ist dagegen die Gestaltung der konkreten Rechtslage erst dem Urteil überlassen, so kann dem Richter grössere Selbständigkeit gewährt sein. D. h. es kann ihm die Möglichkeit gewährt werden, seine Entscheidung dem Bedürfnis des Einzelfalles nach pflichtmässigem Erachten anzupassen. Dieser Sachlage entspricht es, dass regelmässig bei deklarativen Urteilen das Ermessen des Gerichtes ein beschränkteres, bei konstitutiven Erkenntnissen aber ein freieres sein wird.

Allein der Gegensatz ist im Wesen der Sache nicht mit begrifflicher Notwendigkeit begründet, und er ist auch nicht absolut durchgeführt. Einerseits nämlich kommt es nicht allzu selten vor, dass auch bei feststellenden Urteilen dem Richter ein gewisser Spielraum gelassen wird. Das trifft beispielsweise dann zu, wenn es sich um die Abschätzung eines entstandenen Schadens handelt. Und Entsprechendes gilt in einer Reihe von anderen Fällen. Siehe das Nähere unter § 5 IV 3. Andererseits kann auch umgekehrt bei

---

55) Der geschilderte Gegensatz kommt in den Motiven (II S. 882 ff.) richtig zum Ausdruck. Für die getroffene Regelung war namentlich die Erwägung massgebend, dass die Adjudikationsbefugnis des Richters zu einer ungleichmässigen Behandlung der Teilhaber führen könne, dass es auch wünschenswert sei, dem Kläger einen bestimmten Antrag zu ermöglichen, dass nur auf diesen ein Versäumnisurteil ergehen könne, dass die Parteien, wenn sie auf ein Konstitutivurteil verwiesen würden, erst mit Erlass desselben bestimmt wissen könnten, wozu sie eigentlich verpflichtet wären, dass sie aber in der Lage sein müssten, ihre Prozessführung im ganzen, und ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel im einzelnen, einem bestimmten, im Gesetz begründeten Teilungsanspruch anzupassen.

konstitutiven Entscheidungen das freie Ermessen des Gerichtes erheblich eingeschränkt sein.

In der Regel ist ihm allerdings hier durch das geltende Recht eine freiere Stellung gewährt. So bei Beurteilung der Frage, ob eine Leistung wegen unbilliger Höhe herabzusetzen sei, ob für die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft, für den Ausschluss eines einzelnen Mitgliedes, für die Entziehung der Vertretungs- und Geschäftsführungsmacht „ein wichtiger Grund" vorliege u. s. w.

In anderen Fällen aber sind die Thatbestände, von denen der Erlass des Urteils abhängig gemacht ist, von vorneherein genauer und schärfer abgegrenzt. Dies gilt insbesondere für die meisten Gründe der Ehescheidung (böswillige Verlassung, Ehebruch, gewisse Sittlichkeitsdelikte).

Es kann endlich auch sein, dass bei einem und demselben Rechtsverhältnis die Stellung des Gerichtes eine verschiedene ist derart, dass es an gewisse Auflösungsgründe streng gebunden ist, während er bei anderen grössere Freiheit geniesst. So giebt es neben den sogenannten absoluten Gründen der Ehescheidung auch die relativen Voraussetzungen des § 1568 BGB., bei welchen der Richter zu erwägen hat, ob es sich um eine erhebliche Verletzung der ehelichen Pflichten handelt, und ob dem gekränkten Ehegatten unter diesen Umständen die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden darf. So sind ferner die Bedingungen, unter denen beim gesetzlichen ehelichen Güterstand die Verwaltung und Nutzniessung des Ehemanns aufgehoben werden kann, teils solche, die das richterliche Ermessen ausschliessen, so z. B. die Entmündigung des Ehemanns oder die Bestellung gewisser Pfleger für ihn (§ 1418 Ziff. 3 und 4), teils auch solche, die jenes Ermessen ermöglichen, so die Erwartung, dass eine Abwesenheitspflegschaft für den Mann nicht bald aufhören werde, oder dass der Unterhalt der Frau und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge für die Zukunft gefährdet sei (§ 1418 Ziff. 5 und 2 BGB.) u. s. w.

Aus allen diesen Beispielen dürfte zur Genüge hervorgehen, dass ein gewisser Grad von Freiheit des richterlichen Ermessens bei dem konstitutiven Urteil zwar häufig, aber für den Begriff desselben nicht erfordert ist.

4. Endlich ist auch der Gegenstand unerheblich, auf welchen sich die konstitutive Entscheidung bezieht. Denn der Inhalt derselben ist ebenso mannigfaltig, als die denk-

baren Änderungen eines gegebenen Rechtszustandes. Der schon früher hervorgehobene Grundsatz, dass die Objekte des Urteils für dessen Funktion an sich gleichgültig sind, gilt auch für die hier besprochenen Erkenntnisse.

Es wird sich bei ihnen meist um die Modifikation, namentlich um die Auflösung von Rechtsverhältnissen handeln: so bei der Scheidung der Ehe, bei der Aufhebung eines Güterstandes, bei der Auflösung einer Handelsgesellschaft, bei dem Ausschluss eines einzelnen Teilnehmers an einer solchen u. s. w. Es kann aber auch spezieller eine Einwirkung auf ein subjectives Recht in Frage stehen, sei es, dass ein solches seinem Umfange nach vergrössert — so bei Erhöhung der Leistungspflicht nach § 315 BGB., oder vermindert — so bei der Herabsetzung einer übertriebenen Leistung nach § 343 BGB., oder dass es überhaupt beseitigt wird — so bei dem Ausschluss gewisser Rechte im Aufgebotsverfahren.

Zuweilen wird nicht ein förmliches Recht, sondern nur eine juristisch erhebliche Eigenschaft einer einzelnen Person — insbesondere die Fähigkeit, mit verpflichtender Wirkung für andere zu handeln — beseitigt. So bei dem Urteil, welches dem Teilnehmer an einer offenen Handelsgesellschaft die Befugnis zur Vertretung oder Geschäftsführung entzieht. In anderen Fällen wird durch die Entscheidung lediglich die Geltendmachung eines Rechtes erleichtert, wie z. B. wenn Urkunden, deren Innehabung für die Ausübung der darin verkörperten Ansprüche erforderlich ist, durch Ausschlussurteil für kraftlos erklärt werden. Ja, es giebt sogar konstitutive Erkenntnisse, welche, wie die Todeserklärung, keine andere Bedeutung haben, als eine — freilich nicht bloss faktische, sondern juristische — Vermutung für den Eintritt einer rechtlich erheblichen Thatsache zu begründen.

In allen diesen Fällen hat also das Urteil einen durchaus verschiedenen Gegenstand. In allen aber — und darin liegt der zusammenfassende Gesichtspunkt — ist seine Funktion die gleiche, nämlich bestimmungsmässige Veränderung des bisher gegebenen konkreten Rechtszustandes, und zwar unmittelbar durch die Entscheidung selbst.

III. In den bisherigen Erörterungen ist bereits die Beziehung berührt worden, in welcher der Rechtserfolg, der an das konstitutive Urteil geknüpft ist, zu dem Willen des Beklagten steht (II 2). Wichtiger noch und für das richtige Verständnis unseres

Urteils bedeutsamer ist die weitere Frage, wie sich jener Erfolg zu dem Willen des Klägers verhält.

1. Zunächst ist zweifellos, dass er ohne dessen Einverständnis überhaupt nicht entstehen kann. Denn nach der Verhandlungsmaxime ist das Urteil, welches die betreffende Wirkung hervorrufen soll, nicht möglich ohne eine darauf gerichtete besondere Klage, und die Erhebung der letzteren liegt in dem freien Belieben des Interessenten. Derselbe hat es also völlig in der Hand, ob er den Erfolg herbeiführen will oder nicht, vorausgesetzt natürlich, dass die gesetzlichen Erfordernisse für den Eintritt desselben überhaupt gegeben sind.

Und selbst dann, wenn der Prozess bereits anhängig gemacht wurde, kann der Kläger, solange er den Erfolg des Urteils aufzuhalten vermag, die zunächst erstrebte Rechtsänderung dadurch verhindern, dass er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, dass er z. B. die erhobene Ehescheidungsklage in prozessual zulässiger Weise zurücknimmt[56]). Sein Wille kann also nicht weggedacht werden, ohne dass die Rechtsänderung wegfällt. Er bildet in diesem Sinne eine Bedingung für ihren Eintritt.

2. Er darf aber als eine solche nur in dem Sinne betrachtet werden, wie auch sonst die Erhebung der Klage und ihr Fortbetrieb eine Bedingung der Entscheidung ist. Er ist insbesondere, civilrechtlich betrachtet, nicht ihre Ursache im eigentlichen Sinne. Die Klage, in der er zum Ausdruck kommt, hat nur prozessuale, nicht materielle Bedeutung. Sie ist nichts anderes als der Antrag auf Erlass des Urteils. Dagegen enthält sie nicht etwa einen civilrechtlichen Akt, der seinerseits für die Rechtsänderung massgebend wäre.

Denn sie vermag in den hierher gehörigen Fällen, nach der durch das objektive Recht getroffenen Regelung, den von dem Kläger erstrebten Erfolg für sich allein nicht herbeizuführen. Nicht sie, sondern das Urteil ist es ja, woran der Gesetzgeber jenen Erfolg knüpft. Auch nach ihrer Erhebung ist mithin, solange der Prozess nicht bis zum rechtskräftigen Urteil gediehen ist, eine Änderung der materiellen Rechtslage noch gar nicht eingetreten. Sie hat also, wenn man auf den schliesslichen civilrechtlichen Erfolg sieht, gegenüber dem Richterspruch nicht ausschlag-

56) Auch kann er natürlich durch Unthätigkeit, absichtlich schlechte Prozessführung, oder Vornahme von dispositiven Handlungen mittelbar die Abweisung der Klage herbeiführen, und dadurch den Erlass des Konstitutivurteils vereiteln.

gebende Bedeutung. Sie steht aber auch nicht einmal gleichwertig neben diesem, sondern hat im Vergleich zu ihm lediglich die sekundäre Bedeutung, dass sie für dessen Erlass die prozessuale Voraussetzung bildet.

Es dürfte deshalb unzulässig sein, die Klage auf Konstitutivurteil, sei es in allen, sei es auch nur in einzelnen Fällen, unter den allgemeinen Gesichtspunkt einer Anfechtung zu bringen. Von einer solchen kann im rein civilrechtlichen Sinne naturgemäss nicht gesprochen werden. Denn sonst müsste unmittelbar mit der Klagerhebung die erstrebte Beseitigung des Rechtes, des Rechtsverhältnisses, oder der sonstigen rechtlich erheblichen Beziehung eintreten. In Wirklichkeit aber ist sie während des Prozesses noch gar nicht vollzogen.

Es liegt auch nicht einmal eine Anfechtungsklage im engeren Sinne des Wortes vor. Eine solche ist nur dann gegeben, wenn die Klage als der eigentlich massgebende Thatbestand zu betrachten ist, wenn aber der an sich mit ihr eingetretene Erfolg erst nach rechtskräftiger Feststellung in dem demnächstigen Urteil geltend gemacht werden darf[57].

In unserem Falle aber ist nicht etwa bloss die Geltendmachung eines bereits verwirklichten Rechtserfolges verboten, sondern es ist bis dahin trotz der erhobenen Klage ein solcher Erfolg überhaupt noch gar nicht eingetreten. Betrachten wir beispielsweise die Ehescheidung. Hier ist durch die Klage nicht etwa das Eheverhältnis angefochten, weder mit unmittelbarer Wirkung, noch auch sogar in der Weise, dass etwa die mit der Klage verbundene Auflösung erst nach Rechtskraft des Urteils geltend gemacht werden dürfte. Vielmehr besteht bis zu diesem Zeitpunkt die Ehe vollkommen zu Recht und erst durch das Urteil wird sie aufgehoben.

Ebensowenig lässt sich der civilrechtliche Begriff der Kündigung verwerten[58]. Denn zunächst wäre nicht recht einzusehen, weshalb dieser Akt, der an sich vollgültig mit der Klage abgeschlossen sein müsste, nun doch nicht wirken sollte, bis das Urteil ergangen ist. Namentlich wäre es unerklärlich, weshalb er seine privatrechtlichen Folgen nicht äussern könnte, wenn der

57) Das Nähere über diesen Urteilstypus unten im § 4.

58) Dies thut namentlich Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 23ff. für einzelne der hierher gehörigen Fälle.

Prozess, ohne dass es zu einer Sachentscheidung käme, auf irgend eine andere Art erledigt würde.

Zudem müssten jedenfalls die Wirkungen jener angeblichen Kündigung von der Klage datieren, was aber thatsächlich nicht zutrifft. Überdies widerspricht es dem Begriff der lediglich auf die Zukunft gerichteten Kündigung, dass in gewissen Fällen, nämlich bei Herabsetzung einer zu hohen Leistung, die Entscheidung rückwirkende Kraft hat. Auch stehen zum Teil Rechtsverhältnisse in Frage, welche, wie z. B. die Ehe, einem Dispositivakt der Parteien, wie es die Kündigung ist, ihrer ganzen Natur nach entzogen sind.

Zu beachten ist ferner, dass die Gesetze in ihrem Wortlaut für die bekämpfte Auffassung nicht die geringste Stütze bieten, vielmehr im Gegensatz zu ihr Ausdrücke wie „Scheidung, Auflösung, Entziehung" u. s. w. verwenden. Und ganz bezeichnend ist es schliesslich, wenn einzelne Vorschriften richterliche Aufhebung und Parteikündigung einander gegenüberstellen. So z. B. der § 133 HGB.: „Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Gesellschaft ..... ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden"[59]. Darin kommt deutlich zum Ausdruck, dass die Klage auf die Auflösung durch den Richter alles andere ist, nur eben nicht eine Kündigung durch den beteiligten Privaten.

Endlich lassen sich die Gesichtspunkte, wie sie die Annahme einer Kündigung ausschliessen, auch gegen die Auffassung verwerten, als liege in der Klage eine Rücktrittserklärung des Klägers.

Die Klage auf Erlass des konstitutiven Urteils darf daher als privatrechtlich erhebliche Willenserklärung nicht betrachtet werden. Sie ist ein rein prozessualer Akt, nämlich der Antrag, wie er zu jedem Urteil erfordert ist. Sie bildet nicht selbst den Thatbestand, über dessen civilrechtliche Folgen das Urteil zu befinden hätte. Der Wille des Klägers ist für den beabsichtigten Rechtserfolg nicht selbst die wirkende Ursache, sondern lediglich die Voraussetzung für den Eintritt jener Ursache, wie sie allein im Urteil gefunden werden darf.

3. In den früheren Erörterungen ist der Nachweis versucht worden, dass die Klage nicht etwa als Ausübung einer Befugnis

59) Kohler a. a. O. S. 25 erklärt diese Wendung, die ihm natürlich nicht entgangen ist, für nicht sehr glücklich. In Wirklichkeit dürfte sie der Sachlage durchaus entsprechen.

zur Anfechtung, zur Kündigung oder zum Rücktritt aufgefasst werden darf. Denkbar wäre aber auch die Konstruktion, dass dem Kläger auf den Erfolg, den er durch Vermittelung des Urteils herbeiführen will, ein subjektives Recht zusteht.

Wäre ein solches anzuerkennen, so würde die Klage als dessen Geltendmachung, das Urteil als dessen Zusprechung erscheinen. Die Klage hätte nicht rein formelle, sondern materielle Bedeutung, indem sie die Ausübung eines Anspruchs (des privaten oder öffentlichen Rechtes) in sich schlösse. Eigentlicher Gegenstand des Prozesses wäre weniger die herbeizuführende Änderung — Scheidung der Ehe — als vielmehr der Anspruch des Klägers auf dieselbe — das Recht auf Scheidung. Und das Erkenntnis würde, indem es der Klage stattgäbe, einen doppelten Inhalt haben, auf der einen Seite die Feststellung eines klägerischen Anspruchs, auf der anderen zugleich auch die Befriedigung desselben. Wie verhält es sich mit dieser Auffassung?

a) Zunächst ist so viel sicher, dass von einem civilrechtlichen Anspruch gegen den Beklagten keine Rede sein kann. Denn, wenn das Urteil ohne weitere Mitwirkung des Gegners die erstrebte Folge begründet, so hat es keinen Sinn, dem Beklagten erst noch eine besondere Pflicht zu ihrer Herbeiführung aufzuerlegen. Es wäre völlig inkonsequent, dem Kläger gegen den Beklagten ein Recht zu gewähren, dessen Erfüllung von dem angeblich Verpflichteten nun doch nicht verlangt werden könnte.

Denn mit Erlass des Urteils, das die gewünschte Rechtsänderung bewirkt, wäre der von dem Kläger verfolgte Zweck vollständig erreicht. Eine darauf abzielende weitere Thätigkeit des Schuldners wäre nicht nur überflüssig, sondern geradezu unmöglich. Ja, vielfach fehlt es überhaupt an einem Beklagten, gegen den sich der Privatanspruch des Klägers richten könnte. So in den meisten Fällen des Aufgebotsverfahrens. Besonders deutlich tritt dies bei dem auf Todeserklärung lautenden Ausschlussurteil hervor, bei welchem ein Verpflichteter schlechterdings nicht erfindlich ist, und bei welchem auch die Wirkung des Richterspruchs — nämlich Todesvermutung — überhaupt nicht als denkbarer Gegenstand eines Anspruchs erscheint.

Sodann ist der von dem Kläger angestrebte Erfolg möglicherweise gar nicht so beschaffen, dass er durch Handlungen des Prozessgegners erbracht werden könnte, wie namentlich im Falle der Ehescheidung. Aber auch, wenn das gleiche Ergebnis durch

Akte der anderen Partei hergestellt werden könnte, hat der Kläger in den hier besprochenen Fällen kein Privatrecht auf sie. Hätte er ein solches, so könnte er auf Befriedigung desselben, d. h. auf Vornahme der betreffenden Handlung durch den Gegner klagen. Es würde Leistungsurteil, nicht Konstitutivurteil zu ergehen haben. Indem also der Gesetzgeber die letztere Art der Entscheidung vorsieht, lässt er erkennen, dass er einen Privatanspruch des Klägers nicht als vorliegend annimmt.

Allerdings kann der Beklagte in den zuletzt besprochenen Fällen der Klage dadurch den Boden entziehen, dass er während des Prozesses — nötigenfalls durch Einigung mit dem Gegner — freiwillig den Zustand herbeiführt, wie er sonst durch das Urteil begründet würde. So kann der Teilnehmer an einer offenen Handelsgesellschaft, wenn seine Ausschliessung beantragt ist, durch freiwilligen Austritt den Prozess gegenstandslos machen. Oder es kann der Ehemann, nachdem die Frau die Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes im Wege der Klage verlangt hat, einen auf das gleiche Ergebnis gerichteten Ehevertrag mit der Klägerin abschliessen u. s. w.

Überall erfüllt aber der Beklagte nicht etwa eine Verbindlichkeit, auf deren Befriedigung er belangt worden wäre. Denn eine solche Verpflichtung, wie sie zweifellos vor dem Prozess nicht bestand, kann auch durch die Klage nicht geschaffen worden sein. Vielmehr unterbleibt das Urteil lediglich aus dem Grunde, weil es nunmehr an der Rechtsbeziehung fehlt, auf welche dasselbe gestaltend einwirken könnte [60]).

b) Von einem privaten Anspruch gegen die Person des Beklagten wäre natürlich ein etwaiger öffentlich-rechtlicher Anspruch des Klägers gegen den Staat — bezw. die Gerichte als dessen Organe — wohl zu unterscheiden. Trotz

60) Natürlich kann auch nicht gesprochen werden von einem Privatanspruch gegen den Beklagten auf Duldung der Rechtsänderung. Denn die letztere tritt ohne jede Rücksicht auf seinen Willen ein. Sie gilt ganz unabhängig davon, ob er sie anerkennen will oder nicht. Sie ist nicht in ihrem rechtlichen Bestand dadurch bedingt, dass er sie duldet; sondern er muss sie umgekehrt dulden, weil sie kraft Rechtens besteht. Auch ist das Urteil nach Form und Inhalt weder ein auf Duldung gerichtetes, noch wird es als ein solches vollstreckt. Dass endlich von einem öffentlich-rechtlichen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Duldung des obrigkeitlichen Rechtsprechungsaktes hier ebensowenig als sonst im Civilprozesse die Rede sein kann, dürfte heutzutage wohl allgemein anerkannt sein.

Verneinung des ersteren könnte der letztere sehr wohl bejaht werden.

Die Frage aber, ob ein derartiges publizistisches Recht auf Erlass des konstitutiven Urteils, bezw. auf Herbeiführung der damit verknüpften Wirkungen anzunehmen sei, kann hier ausser Betracht bleiben. Denn sie eignet sich nicht zur beiläufigen Erledigung. Sie hängt mit den fundamentalen Fragen des Prozesses überhaupt zusammen, und kann nur auf der Grundlage einer umfassenden Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt zur sicheren Beantwortung gelangen.

Sie braucht aber speziell bei Darstellung des konstitutiven Urteils nicht gelöst zu werden. Denn sie hat für die anderen Arten von Entscheidungen, insbesondere auch für die rein deklarativen Erkenntnisse, genau die gleiche Bedeutung. Giebt es überhaupt einen öffentlichen Rechtsschutzanspruch, so existiert er bei allen Prozess- und Urteilstypen. Und die Differenzierung der konstitutiven Urteile von den anderen läge nicht darin, dass bei ihnen ein publizistischer Anspruch bestünde, der sonst nicht gegeben wäre. Sondern sie wäre in einem besonderen Inhalt des Anspruchs, genauer in der besonderen Funktion des beantragten Richteraktes zu finden. Dass aber diese Funktion bei dem konstitutiven Urteil eine eigentümliche ist, ergiebt sich schon aus den bisherigen Ausführungen.

IV. Das Verhältnis der konstitutiven Urteile zu den anderen Entscheidungsarten dürfte sich aus den bisherigen Erörterungen mit Leichtigkeit ergeben.

1. Von den deklarativen Erkenntnissen unterscheiden sie sich, wie schon oben ausgeführt, dadurch, dass sie nicht, wie diese, auf blosse Konstatierung der Rechtslage, sondern auf Veränderung derselben gerichtet sind.

a) Darin erschöpft sich der Gegensatz zu den reinen Feststellungsurteilen. Dieselben schliessen in sich als wesentlichen, rechtlich allein erheblichen Inhalt, wenn sie positiv sind, die Bestätigung einer bestimmten Rechtsbeziehung, wenn sie negativ sind, die Verneinung einer solchen. Sie modifizieren die materielle Rechtslage nicht im geringsten. Anders das Konstitutivurteil, welches gerade eine solche Modifikation bestimmungsgemäss erstrebt und bewirkt.

Zwar könnte man auch bei diesem von einem Feststellungsinhalt reden wollen und zwar in einem doppelten Sinne.

Einmal konstatiert es, indem es die erstrebte Rechtsänderung begründet, das Vorhandensein der Voraussetzungen, von denen der Gesetzgeber die Zulässigkeit dieser Änderung abhängig macht. Allein diese Voraussetzungen sind nur Grundlagen 'der Entscheidung (Elemente derselben im Sinne Savignys). Sie bilden nicht den eigentlichen Gegenstand des Urteils, sondern nur die Bedingung seines Erlasses. Sie werden, mit anderen Worten, vom Richter geprüft und für wahr befunden, aber sie werden von ihm nicht rechtskräftig festgestellt. Sie werden es nur soweit, d. h. nur so wenig, wie bei jedem Urteil der Klaggrund überhaupt. So erklärt das Ehescheidungsurteil den geltend gemachten Scheidungsgrund — z. B. die Thatsache des Ehebruchs — für richtig. Aber es beschränkt sich nicht auf diese Konstatierung. Ja, es betrachtet sie nicht einmal als seinen wesentlichen Inhalt, sondern nur als blosse Vorbedingung für die daraus zu ziehende Konsequenz, nämlich für den Rechtsgestaltungsakt.

Sodann wird durch das konstitutive Urteil für die Zukunft in bindender Weise ein bestimmter Rechtszustand festgelegt. Dieser hat von nun an in der Weise zu gelten, wie er durch den Richter fixiert worden ist. Auch darin könnte, wenn man den Ausdruck in einem weiteren Sinne gebraucht, eine „Feststellung" gefunden werden [61]).

Dieselbe hätte indessen hier einen ganz besonderen Sinn.

61) Das Wort „Feststellung" ist überhaupt nicht eindeutig. Es kann bezeichnen Deklaration von etwas Vorhandenem (so in der häufigen Zusammensetzung „Feststellungsurteile") oder bindende Regelung einer bestimmten Rechtsbeziehung (im Sinne von Festsetzung). Es kann ferner die Ermittelung von Thatsachen ausdrücken, wie sie im Laufe des Prozesses, namentlich auf Grund des von den Parteien geführten Beweises, durch den Richter erfolgt. („Durch die Beweisaufnahme ist festgestellt worden" . . . . .). Endlich lässt er sich für die Erscheinung verwenden, dass eine Partei, ohne dass es auf die Überzeugung des Richters irgendwie ankäme, durch ihre eigene Handlung unmittelbar eine Thatsache zur Urteilsgrundlage macht, wie dies namentlich beim gerichtlichen Geständnis der Fall ist. Auch hier kann man sagen, dass die Partei es sei, welche die Thatsache „feststelle", d. h. dieselbe in dem Sinne fixiere, dass sie von dem Richter, unbekümmert um seine Vorstellung von ihrer Wahrheit oder Unwahrheit, der Entscheidung zu Grunde gelegt werden muss. Der Richter ist nsofern von der Partei direkt abhängig. Er zieht nur die Konsequenz aus ihrem feststellenden Akt, den er seinem Erkenntnis unterlegen muss. Das ist gemeint, wenn ich in den Göttingischen Gelehrten Anzeigen 1901 S. 206 f. davon spreche, der Richter handele in dieser Beziehung gewissermassen als Medium der Partei. Wenn Degenkolb (Das Anerkenntnis) dieser an sich gewiss unzweideutigen, und zudem aus dem Zusammenhang klar verständlichen Wendung keinen vernünftigen

Sie würde die Rechtsfolge, auf welche sie sich bezieht, nicht als eine schon früher bestehende, sondern als eine erst durch den Richter geschaffene konstatieren. Der in dem Urteil geregelte Rechtszustand gilt nämlich nicht deshalb, weil er von vornherein gegeben war und durch den Richter bestätigt wird, sondern weil er durch die Entscheidung überhaupt begründet worden ist. Er wird durch diese nicht bloss „befestigt", sondern geschaffen und erst hiermit „festgelegt", d. h. für die Zukunft in eine endgültige, sichere, „feste Stellung" gebracht.

Diese Erscheinung, die man allenfalls noch als eine Art von Feststellung ansehen könnte, darf also nicht zu einer Identifizierung der deklarativen und konstitutiven Erkenntnisse verleiten. Denn sie findet sich überhaupt bei allen Urteilen. Sie ist nichts als die materielle Rechtskraft derselben. Diese, d. h. die bindende Bedeutung des Erkenntnisses für die Zukunft ist aber wohl zu unterscheiden von der uns hier allein interessierenden Frage, wie sich das Urteil zu der vor ihm gegebenen materiellen Rechtslage verhält. Beide Dinge sind bei allen Arten von Urteilen auseinanderzuhalten, sogar bei den rein deklarativen. Auch hier ist die autoritative Festlegung, wie sie der Richterspruch für die Folgezeit bietet, völlig zu trennen von dem Verhältnis, in welchem er zu der früheren konkreten Rechtslage steht — man denke nur an die unrichtigen Urteile. Entsprechendes gilt für die konstitutiven Urteile, bei denen der Gegensatz sogar noch schärfer hervortritt.

Während nun die in letzter Linie prozessuale Erscheinung der (sog. materiellen) Rechtskraft als solche bei allen Entscheidungen die gleiche Bedeutung hat, ist die Beziehung der einzelnen Urteilsarten zu den vor ihrem Erlass bestehenden Rechtsverhältnissen eine durchaus verschiedene. Und gerade in dieser Beziehung liegt der Unterschied zwischen den deklarativen Urteilen, welche die Rechtslage bestätigen, und den konstitutiven, welche sie verändern.

b) Das Leistungsurteil ist ein Sonderfall der deklarativen Entscheidung. Auch von ihm gelten also die soeben dargelegten Abweichungen gegenüber dem konstitutiven Erkenntnis. Ja, es steht zu diesem in einem noch stärker ausgeprägten Gegensatz.

Bei dem Urteil auf Leistung macht der Kläger einen Privatanspruch gegen den Beklagten geltend, bei den konstitutiven Ur-

---

Sinn unterzulegen vermag, so übersieht er einfach die geschilderte Relativität des Begriffes „Feststellung".

teilen fehlt es an einem solchem Rechte. Dort wird von dem Prozessgegner und zugleich von dem Richter etwas verlangt, hier lediglich von dem Gericht. Dort ist das normale Ergebnis des Rechtsstreits eine Vollstreckung, die dem Kläger die gesuchte Befriedigung erst verschaffen soll. Hier dagegen ist mit der rechtskräftigen Entscheidung der Zweck des Klägers vollkommen erreicht und ein weiteres Exekutionsverfahren ist unnötig, ja sogar undenkbar. Dort ist insofern der gerichtsbarkeitliche Akt — vom Standpunkt des Gesetzgebers betrachtet — ein Mittel zu einem weiteren Ziel; hier ist er Selbstzweck, indem er für sich allein den erstrebten Rechtszustand begründet.

Allerdings wird, wenn man auf den endgültigen Erfolg sieht, in beiden Fällen schliesslich eine Rechtsänderung erstrebt. In dem ersteren wird sie aber nicht an das Urteil selbst, sondern an ein darauf folgendes Verfahren geknüpft. In dem zweiten wird sie unmittelbar durch das richterliche Erkenntnis erreicht. In dem einen ist sie ein Ergebnis der Vollstreckung, in dem anderen der Entscheidung. Dort wird sie deshalb durch die Vollstreckungsorgane, hier durch die Rechtsprechungsorgane herbeigeführt. Während beim Leistungsprozess der Beklagte jeder Zeit den vom Kläger erstrebten Erfolg durch seine eigene Handlung (oder Unterlassung) selbst zu verwirklichen vermag, ist er dazu bei der Klage auf Konstituierung vielfach nicht in der Lage. Und auch, wenn er hierzu im Stande ist, ist er zur Mitwirkung nicht rechtlich verpflichtet, weshalb denn auch die Klage nicht auf deren Gewährung gerichtet ist.

2. Diesem begrifflichen Gegensatz entspricht auch eine wesentliche Verschiedenheit der praktischen Wirkungen.

a) Das konstitutive Urteil zielt regelmässig auf Abänderung der Rechtslage. Daraus folgt, dass es regelmässig ex nunc wirkt. Der rechtliche Zustand, wie er eben durch das Erkenntnis geschaffen werden soll, wird erst von diesem ab datiert. Die Ehe wird z. B. erst mit dem Scheidungsurteil aufgelöst, und ihre Beendigung nicht zurückbezogen auf den Moment der Klage oder auf einen noch früheren Zeitpunkt. Entsprechendes gilt für das Erkenntnis auf Beseitigung eines ehelichen Güterstandes, für die handelsrechtlichen Konstitutiventscheidungen (z. B. Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft, Ausschluss eines Mitgliedes an einer solchen u. s. w.), für die Ausschlussurteile im Aufgebotsverfahren u. s. w.

Freilich zeigt sich diese Erscheinung nur im allgemeinen. Sie wird aber an und für sich durch das Wesen des konstitutiven Urteils nicht unbedingt erfordert. Denn ebenso, wie nach positiver Vorschrift der rechtsgestaltende Privatakt der Anfechtung das durch ihn betroffene Rechtsverhältnis als ein von vorneherein nichtiges erscheinen lässt, ebenso könnte auch die dem Urteil verliehene Wirkung mit rückbezüglicher Kraft ausgestattet werden. Und in der That ist dies auch bei einigen Konstitutivurteilen der Fall, nämlich bei den Urteilen auf Herabsetzung einer übermässig hohen Leistung. Hier gilt nämlich die durch den Richter ermässigte Schuld als in der vereinbarten Höhe von vorneherein nicht entstanden. Immerhin erscheint aber die Wirkung ex nunc als die normale.

Die deklarativen Entscheidungen dagegen müssen naturgemäss ex tunc wirken, d. h. genauer: die durch sie festgestellte Beziehung (Leistungspflicht, Rechtsverhältnis, Thatsache) muss als eine solche gelten, die nicht erst durch das Urteil geschaffen, sondern schon vor demselben und unabhängig von ihm ausserprozessual eingetreten war. Denn, was lediglich konstatiert wird, muss eben schon vor dieser Konstatierung existiert und demgemäss gewirkt haben. Wird z. B. festgestellt, dass eine Ehe nicht besteht, so wird dieselbe nicht, wie bei der Ehescheidung, als erst durch das Urteil beendigt angesehen, sondern als eine niemals existente behandelt.

Sieht man freilich näher zu, so handelt es sich hier überhaupt gar nicht mehr um eine mit rückbezüglicher Kraft ausgestattete Wirkung des Urteils selbst, sondern um eine solche der materiellen Rechtslage. Die Folgen des Nichtbestehens der Ehe werden nicht erst durch das Urteil ausgelöst, sondern bestehen unabhängig von ihm. Nicht die Feststellung, sondern das Festgestellte ist es, welches hier ex tunc wirkt.

b) Das eben Gesagte führt uns zu dem eigentlichen Gegensatz der beiden Entscheidungsarten: Das konstitutive Urteil hat unmittelbar eine besondere civilrechtliche Wirkung, das deklarative nicht.

Jenes führt seinem Begriffe nach notwendig eine Änderung in den materiellen Rechtsverhältnissen herbei, dieses nicht. Jenes reiht sich, wenn man auf die Wirkungen sieht, den juristischen Thatsachen des Civilrechtes an, während dieses rein prozessuale Bedeutung hat. Dort ist die materielle Rechtslage nach dem Erkenntnis, verglichen mit derjenigen vor demselben, notwendig ver-

ändert, hier ist sie die gleiche. Man kann also die Verschiedenheit beider Kategorien geradezu dahin formulieren, dass deklarativ im Gegensatze zu den übrigen Urteilsarten diejenigen Entscheidungen sind, welche nicht bestimmungsgemäss und unmittelbar civilrechtliche Wirkungen hervorrufen[62]).

c) Die eben dargelegten civilrechtlichen Wirkungen bilden den Kernpunkt des Gegensatzes zwischen beiden Urteilsarten. Sie sind aber nicht zu verwechseln mit der materiellen Rechtskraft. Denn dieselbe ist allen Entscheidungstypen gemeinsam und hat bei allen die gleiche Bedeutung: autoritative Festlegung einer Rechtsbeziehung derart, dass sie bei späteren Prozessen nicht mehr mit Erfolg in Zweifel gezogen werden kann.

Demgemäss dürfte es nicht ohne weiteres zulässig sein, aus der Verschiedenheit der materiellen Rechtsfolgen, wie sie zwischen konstitutiven und deklarativen Urteilen besteht, auch eine verschiedene subjektive Begrenzung der Rechtskraft in beiden Fällen abzuleiten. Die Frage, welchen Einfluss ein Urteil auf die materiellen Rechtsverhältnisse äussert, ist, wie bereits oben erwähnt, an sich unabhängig von der weiteren Frage, für wen die materielle Rechtskraft, d. h. die Bindung an den Urteilsspruch, eintritt.

Das zeigt sich schon an den deklarativen Erkenntnissen, welche eine civilrechtliche Wirkung überhaupt nicht äussern, wohl aber Rechtskraft besitzen. Bei den konstitutiven Urteilen tritt eine Veränderung der Privatrechtslage allerdings ein. Und diese kann, ebenso wie jede an ein Rechtsgeschäft oder an eine sonstige juristische Thatsache geknüpfte Modifikation der konkreten Rechtsverhältnisse überhaupt, die mannigfaltigsten Privatrechtswirkungen gegenüber dritten Personen hervorrufen.

Denn, vermöge der zahlreichen Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Rechtssphären einzelner Individuen, kann von dem Sein oder Sosein eines bestimmten Rechtsverhältnisses für andere als die unmittelbar beteiligten Subjekte sehr viel abhängen. So kann z. B. die Thatsache, ob eine offene Handelsgesellschaft

---

62) Dagegen wäre es inkorrekt, die konstitutiven Urteile schlechthin als diejenigen mit privatrechtlicher Wirkung zu definieren. Denn es giebt, wie später darzulegen sein wird, Erkenntnisse, die ebenfalls auf die materiellen Verhältnisse einwirken, ohne darum zu den konstitutiven im eigentlichen Sinne zu gehören. Vergl. die §§ 4—6 dieser Abhandlung.



besteht oder nicht, ob eine bestimmte Person zu derselben gehört, ob dieser die Vertretung zusteht u. s. w., für die Rechtsbeziehungen Dritter von der grössten Bedeutung sein. Und demgemäss muss denn auch jede Modifikation der angeführten Thatsachen ihren Rückschlag auf die Rechtssphäre anderer Personen äussern. Dabei handelt es sich aber überall um eine privatrechtliche, nicht um eine prozessuale Erscheinung. Insbesondere darf darin nicht eine Erweiterung der materiellen Rechtskraft gefunden werden.

Daraus nämlich, dass eine civilrechtliche Wirkung für den Dritten eintritt, folgt noch keineswegs, dass sie für ihn auch rechtskräftig festgelegt ist. Ebenso, wie zahlreiche Rechtsbeziehungen — ja die allermeisten von ihnen — Geltung haben, obgleich sie nicht durch Urteil festgestellt sind, ebenso wäre es auch denkbar, dass ein Konstitutivurteil, welches zwischen zwei Parteien ergeht, zwar die Privatrechtsverhältnisse dritter Personen modifiziert, trotzdem aber diesen Dritten gegenüber keine Rechtskraft äussert.

Es darf also nicht etwa angenommen werden, dass nach ihrem Begriff deklarative Urteile nur zwischen den Parteien, konstitutive dagegen auch im Verhältnis zu Dritten rechtskräftig wirken müssen. Wie wenig dies zutrifft, zeigt uns das geltende Recht. Einerseits giebt es bloss feststellende Urteile, denen durch positive Gesetzesvorschrift erweiterte Rechtskraft verliehen ist. So z. B. die Erkenntnisse auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe, bezw. der ehelichen Kindschaft oder elterlichen Gewalt. CPO. §§ 629 Abs. 2, 643.

Und andererseits giebt es konstitutive Entscheidungen, die für dritte Personen zwar rein privatrechtliche Wirkungen nach sich ziehen können, aber nicht materielle Rechtskraft äussern. So z. B. die Urteile, welche eine übermässig hohe Leistung herabsetzen, einen Güterstand aufheben, eine offene Handelsgesellschaft auflösen, einen Gesellschafter ausschliessen, ihm die Vertretungsbefugnis oder Geschäftsführungsmacht entziehen u. s. w. In allen diesen Fällen ist eine Rückwirkung der Entscheidung auf die Rechtsverhältnisse Dritter wohl möglich. Nirgends aber ist eine Erweiterung der Rechtskraft durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen und nirgends darf sie daher angenommen werden. Es giebt also konstitutive Erkenntnisse mit relativer Rechtskraft.

Freilich k a n n dem zwischen zwei Personen ergehenden konstitutiven Urteil auch prozessuale Bedeutung für den Rechtsstreit Dritter zukommen.

α) Zunächst kann ihm nämlich durch positive Bestimmung erweiterte Rechtskraft zugeschrieben werden. Und dies wird sogar häufig geschehen. Denn die gleichen Gründe, aus denen der Gesetzgeber eine Änderung in den Rechtsverhältnissen der Partei nicht schon an den ausserprozessualen Thatbestand, sondern erst an das Urteil knüpft, werden ihn vielfach veranlassen, die ergangene Entscheidung mit Rechtskraft für Dritte auszustatten. Von Wichtigkeit können dabei verschiedene Gesichtspunkte sein. Vor allem die erstrebte Verminderung der Prozesse, die Vermeidung widersprechender Urteile, das öffentliche Interesse an gleichmässiger Behandlung gewisser Rechtsverhältnisse, die Erwägung, dass die durch die Hauptinteressenten herbeigeführte Entscheidung regelmässig als materiell begründet wird gelten können u. s. w.

In allen derartigen Fällen wird aber eine ausdrückliche Anordnung der Rechtskraft nur insofern nötig sein, als die dritten Personen ihrerseits zur Herbeiführung der konstitutiven Entscheidung legitimiert wären. Nur wo dies der Fall ist, hat es einen praktischen Wert, die Dritten durch die Rechtskraft zu binden, d. h. ihnen die Möglichkeit zu versagen, die Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung in Zweifel zu ziehen. Wo sie dagegen zur Erwirkung des konstitutiven Urteils nicht befugt sind, müssen sie schon aus diesem Grunde, nicht wegen erweiterter Rechtskraft, das erlassene Urteil gelten lassen.

Ist nun aber aus den früher angegebenen Gründen eine Ausdehnung der Rechtskraft erfolgt, so beruht dieselbe auf der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift, nicht unmittelbar auf dem Wesen des konstitutiven Urteils als solchem. Dies ergiebt sich schon aus dem Umstande, dass sie nicht nur für die zusprechende, sondern zugleich für die klagabweisende Entscheidung vorgesehen ist, welche eine konstitutive Wirkung naturgemäss überhaupt nicht äussert.

β) Sodann kann das konstitutive Urteil für spätere Prozesse dritter Personen noch eine andere Bedeutung haben. Überall nämlich, wo es nicht gerade erweiterte Rechtskraft äussert, wird es doch wenigstens Beweiskraft haben. D. h. wenn sich in dem zweiten Prozess Dritte auf eine für ihre Verhältnisse präjudizierliche Rechtsänderung berufen, wie sie durch das früher ergangene Konstitutivurteil herbeigeführt worden ist, so wird der Eintritt jener Rechtsänderung ohne weiteres durch die Existenz des Erkenntnisses bewiesen. Anders ausgedrückt: dieses erste Urteil kommt,

wie die übrigen Entscheidungsgründe des zweiten Prozesses, lediglich als ein Beweismittel für einen civilrechtlichen Thatbestand in Frage, aber für einen solchen, der, im Gegensatz zu den übrigen Teilen des Prozessstoffes, eines weiteren Beweises nicht bedarf, sondern eben durch den öffentlichen Akt des ersten Urteils ausser Zweifel gesetzt ist. Diese Beweiswirkung ist aber von der Rechtskraftswirkung natürlich wohl zu unterscheiden[63]).

V. Bei Gelegenheit der bisherigen Darstellung des konstitutiven Urteils sind bereits die meisten einzelnen Fälle eines solchen genannt worden. Hier sollen dieselben zum Abschluss noch in ihren Hauptgruppen zusammengestellt werden.

1. Eine Kategorie für sich bilden die im Aufgebotsverfahren ergehenden Ausschlussurteile. Diese haben sämtlich, wenn man auf ihre begriffliche Bedeutung sieht, eine Veränderung der bisherigen konkreten Rechtslage zur unmittelbaren, bestimmungsmässigen Folge. Letztere kann im einzelnen ausserordentlich mannigfaltig sein. Ja, sie ist so verschiedenartig, dass die hierher gehörigen Fälle, abgesehen von der Besonderheit des Verfahrens und dem Umstande, dass die an das Ausschlussurteil geknüpfte Wirkung für die sich nicht meldenden Dritten nachteilig ist, gemeinsame sachliche Merkmale wohl kaum aufweisen dürften.

63) Man könnte einen weiteren Unterschied zwischen deklarativen und konstitutiven Urteilen in folgendem Umstande finden wollen. Bei den letzteren, die ja ihrem Wesen nach auf Abänderung einer Rechtsbeziehung abzielen, ist die praktische Wirkung davon abhängig, dass eine solche Rechtsbeziehung überhaupt existiert. Besteht sie dagegen nicht, so ist das Erkenntnis gegenstandslos. So ist z. B. die Ehescheidung ohne rechtliche Bedeutung, wenn die aufzulösende Ehe überhaupt nicht besteht. Deshalb ist auch jetzt noch die Klage auf Feststellung der Nichtexistenz der Ehe möglich. Das deklarative Urteil dagegen äussert, so scheint es, eben vermöge seiner Rechtskraft, unabhängig davon, ob es materiell gerechtfertigt oder unbegründet ist, die erstrebte rechtliche Wirkung immer. Wenn also eine in Wirklichkeit nicht bestehende Ehe als existent festgestellt wird, so hat es bei dieser Entscheidung ein für allemal sein Bewenden. Allein dieser Gegensatz ist ein bloss scheinbarer. Denn einerseits ist auch bei den konstitutiven Urteilen die Rechtskraft der Entscheidung nicht bedingt durch deren materielle Begründetheit, und andererseits kann auch bei einem rein deklarativen Urteil der praktische Erfolg um deswillen ausbleiben, weil ein umfassenderes Verhältnis, von dem durch das Urteil nur eine einzelne Beziehung zur Feststellung gelangt war, thatsächlich nicht besteht. So ist die Entscheidung, welche die Mitgliedschaft einer bestimmten Person an einem Vereine feststellt, praktisch ohne Bedeutung, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Verein selbst, sei es wegen Nichtigkeit oder aus anderen Gründen, ein rechtliches Dasein überhaupt nicht führt.

Worin kann nun die Veränderung der Rechtslage bestehen? Beim Ausschluss des Grundstückseigentümers gemäss § 927 BGB. (CPO. § 977—981) wird das Hindernis beseitigt, welches infolge des bisher bestehenden Eigentums der Eintragung und damit dem Eigentumserwerb des Eigenbesitzers im Wege standen. Wird der unbekannte Inhaber eines Grundpfandrechtes, eines Schiffspfandrechtes, eines Vorkaufsrechtes oder einer Reallast ausgeschlossen[64]), so handelt es sich um die Aufhebung eines subjektiven dinglichen Rechtes — soweit natürlich ein solches überhaupt noch bestand. Betrifft das Ausschlussurteil eine Vormerkung, so liegt Beseitigung einer dinglich wirkenden Sicherheit vor.

Bei dem Aufgebot der Nachlassgläubiger ist die Wirkung des Urteils nicht Verlust von Rechten schlechthin, sondern Beschränkung der für sie haftenden Befriedigungsmasse: § 1970 ff. BGB. verglichen mit § 989 CPO. Entsprechendes gilt beim Ausschluss von Schiffsgläubigern nach § 765 HGB. und § 110 Binnenschiffahrtsgesetz. Die Todeserklärung bewirkt die im bürgerlichen Rechte vorgesehene Todesvermutung. Endlich hat bei der Kraftloserklärung von Urkunden das Erkenntnis die Bedeutung, dass es für den Antragsteller den Besitz der Urkunde ersetzt.

2. Eine weitere Gruppe umfasst die Entscheidungen, welche Verhältnisse des Eherechtes beseitigen oder begründen.

Ein Hauptbeispiel bildet das Ehescheidungsurteil, bei welchem die konstitutive Natur nicht bezweifelt werden kann. Sie folgt unmittelbar aus den rechtlichen Wirkungen der Entscheidung (§ 1564 Satz 3: „Die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein“), aus den Erörterungen der Materialien und aus dem Wortlaut des Gesetzes (§ 1564 Satz 2: „Die Scheidung erfolgt durch Urteil“). Gleiches gilt für das Urteil, welches die eheliche Gemeinschaft aufhebt (§ 1575 BGB.), nur dass hier nicht das Eheverhältnis selbst, sondern nur eine Reihe von — allerdings höchst wichtigen — Wirkungen desselben beseitigt werden.

Hierher gehören weiter die Erkenntnisse, welche einen ehelichen Güterstand (oder die fortgesetzte Gütergemeinschaft) beseitigen (§§ 1418, 1468 f., 1542 BGB.) oder wiederherstellen (§§ 1425, 1547 BGB).. Auch hier erscheint nach den positiven Bestim-

64) Vgl. §§ 1170, 1171, 1104, 1112, 1269 BGB. vergl. mit 982—988 CPO.

mungen unseres Gesetzes jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, dass es erst der Richterspruch ist, welcher die güterrechtlichen Verhältnisse aufhebt oder begründet. Dass der Gesetzgeber hier die an sich entbehrliche Form des konstitutiven Urteils gewählt hat — und nicht z. B. diejenige der Kondemnation des Gegners zur Einwilligung in die Auflösung oder Wiederherstellung des Güterstandes — erklärt sich durch das Bestreben nach grösserer Einfachheit, ferner durch die Wichtigkeit der Rechtsverhältnisse, deren Schicksale in dem öffentlichen Akt des Urteils deutlich hervortreten sollen, und vor allem durch die Analogie des Scheidungsurteils.

3. Unter sich verwandt sind ferner einige handelsrechtliche Fälle, bei denen die Beseitigung eines Rechtsverhältnisses oder einer rechtlich erheblichen Eigenschaft nicht durch Privatwillenserklärung, sondern durch Richterakt erfolgt. Alle diese Fälle sind durch den gemeinsamen Gesichtspunkt getragen, dass die Beseitigung der fraglichen Rechtsbeziehung durch Willenserklärung der Privaten den Zweifel ermöglichen würde, ob sie unter den zu ihrer Wirksamkeit nötigen Voraussetzungen erfolgt wäre, und demgemäss einer für das Verhältnis der Beteiligten und namentlich für die Verkehrssicherheit höchst bedenklichen Ungewissheit Raum lassen würde.

Zu erwähnen ist zunächst die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft aus einem wichtigen Grunde. Die Beendigung dieses Rechtsverhältnisses erfolgt nicht, wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, durch Willenserklärung der interessierten Privaten, sondern durch richterliche Entscheidung. Dieselbe stellt nicht fest, dass die Gesellschaft aus dem wichtigen Grunde bereits beendigt ist; ebensowenig, dass sie durch Kündigung, also rechtsgeschäftliche Erklärung der Mitglieder, aufgehoben sei — denn die Klage hat in unserem Falle rein prozessuale, keine materielle Bedeutung; sondern der Richterspruch bewirkt selbst erst die Auflösung. Das ergiebt sich nicht bloss aus dem Wortlaut des Gesetzes [65]), und aus den Ausführungen der Materialien [66]), sondern vor allem aus dem Umstand, dass die er-

65) Vergl. HGB. § 131: „Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst ... 6) durch ... gerichtliche Entscheidung“; § 133 .... „kann die Auflösung der Gesellschaft .... durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden.“

66) S. Denkschrift zur Novelle des Handelsgesetzbuches (Ausgabe Guttentag) S. 105.

gehende Entscheidung ex nunc wirkt, dass also bis zum Zeitpunkt ihrer Rechtskraft die Gesellschaft ganz unabhängig von der späteren Auflösung vollkommen zu Recht besteht[67].

Nicht anders verhält es sich mit dem Urteil, welches die Ausschliessung eines Socius aus der offenen Handelsgesellschaft ausspricht (§ 140 HGB.). Auch hier ist es, im Gegensatze zu den entsprechenden Fällen des bürgerlichen Rechtes, erst die richterliche Entscheidung, welche die genannte Wirkung hervorruft. Der einzige Unterschied ist der, dass der Richter hier, anders als bei der Auflösung der ganzen Gesellschaft, auch beim Vorliegen genügender Gründe den Ausschluss nicht auszusprechen braucht, sondern trotzdem die Klage abweisen kann, in welchem Falle die übrigen Socii keine andere Möglichkeit haben, um sich des missliebigen Genossen zu entledigen, als dass sie die völlige Aufhebung der Gesellschaft herbeiführen.

Eine interessante Sondervorschrift gilt für den Fall, dass die Gesellschaft bloss aus zwei Mitgliedern besteht, und ein Grund eintritt, welcher den Ausschluss eines von ihnen rechtfertigen würde. Hier kann nach § 142 HGB. der andere „auf seinen Antrag vom Gericht für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen“. Auch in diesem Falle hat das Urteil konstitutive Bedeutung.

Es wird nicht eine bereits vorhandene Berechtigung lediglich festgestellt: denn bisher bestand eine solche nicht, wie schon daraus hervorgeht, dass der Richter trotz Vorliegens der Ausschlussgründe dem Antrage nicht stattzugeben braucht („kann“!). Die an sich zweideutige Wendung „für berechtigt erklären“ bedeutet nicht, dass eine Befugnis als schon früher vorhanden deklariert, sondern bloss, dass eine solche durch den Richter begründet wird. Freilich hat unser Fall gegenüber dem früher behandelten die Eigentümlichkeit, dass nicht nur ein Gesellschafter ausscheidet und gegen Abfindung in Geld seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen verliert, sondern dass die Gesellschaft selbst aufhört, und das gesamte Vermögen in seinen aktiven und passiven Bestandteilen auf den klagenden Gesellschafter übergeht.

Endlich sind zu erwähnen die Fälle der §§ 117, 127 HGB. Die Befugnis zur Gechäftsführung kann, ebenso wie die Vertretungsmacht, „einem Gesellschafter auf Antrag der übrigen Ge-

67) Die gleichen Gesichtspunkte greifen Platz bei der Auflösung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach § 60 Ziff. 3 und 61 Gesetz vom 20. April 1892.

sellschafter durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt". In diesem Falle kann ebensowenig, wie in den bisher behandelten, die konstitutive Natur des Urteils bezweifelt werden. Beseitigt wird nur hier nicht ein Rechtsverhältnis, sondern die rechtliche Fähigkeit einer Person, mit einer gewissen Wirkung für andere zu handeln [68]).

4. Hierher sind schliesslich zu rechnen die Entscheidungen, welche eine übermässige Leistung herabsetzen. Soweit dieselben das versprochene Mass beseitigen, haben sie zweifellos konstitutive Natur. Soweit sie ein neues an die Stelle setzen, erfüllen sie eine andere Funktion. Von ihnen soll deshalb in einem anderen Zusammenhange genauer die Rede sein. S. unter § 5 V 2. Einen ganz ähnlichen Charakter hat das Urteil, welches dem Unterhaltspflichtigen, statt der gesetzlich an sich vorgeschriebenen Leistung in Geld, die Erfüllung in anderer angemessener Art gestattet. Darüber unten § 6 [69]).

## § 4. Das auslösende Urteil.

Bisher war von den beiden Fällen die Rede, dass entweder eine ausserprozessuale Wirkung lediglich konstatiert, oder dass umgekehrt der Rechtserfolg erst durch das Urteil herbeigeführt wird.

I. Das objektive Recht kann aber auch, wenn es eine bestimmte Rechtsfolge herbeiführen will, Thatbestand und Urteil mit-

---

68) Der Grund, welcher für diese Behandlung, im Gegensatze zu dem entsprechenden Falle der bürgerlichen Gesellschaft, massgebend war, ist nach der Denkschrift (Ausg. Guttentag S. 100 f.) der gewesen, „dass sich für Dritte im Rechtsverkehr mit der Gesellschaft eine unsichere Rechtslage ergebe, wenn sie zwar von dem Beschluss (auf Entziehung) Kenntnis erlangt haben, aber nicht übersehen, ob derselbe auf zureichenden Gründen beruht". Also eine reine Zweckmässigkeitserwägung!

69) Nach der früheren CPO. gehörte noch der Fall hierher, dass eine Partei unter gewissen Voraussetzungen die Ernennung eines Schiedsrichters im Wege der Klage beantragen konnte. Es erging hierauf Urteil, das offensichtlich kon stitutiver Art war. Dasselbe zeigte die Eigentümlichkeit, dass es nicht ein Rechtsverhältnis, ein subjektives Recht, eine rechtliche Eigenschaft und dergleichen betraf, sondern einer bestimmten Person die Stellung eines privaten Entscheidungsorganes gewährte. Diese ganz singuläre und unzweckmässige Bestimmung ist durch die neue CPO. insofern beseitigt, als nunmehr die Bitte um Ernennung in der Form des Gesuchs und die Entscheidung in der Form des Beschlusses erfolgt. Es ist daher nicht ganz genau, wenn Hellwig, Lehrb. I S. 237, 1 diesen Fall — dessen Änderung im neuen Recht ihm natürlich nicht entgangen ist: s. S. 238 Anm. 36 — unter die „Rechte auf Begründung eines Rechtsverhältnisses durch Urteil" bringt.

einander kombinieren. Denkbar ist namentlich folgende Gestaltung.

Der Gesetzgeber erklärt den ausserprozessualen Thatbestand, dem es an gewissen Gültigkeitserfordernissen fehlt, an und für sich als unfähig, die normale Rechtswirkung hervorzurufen. Er verbietet aber aus irgendwelchen rechtspolitischen Gründen, diese Unwirksamkeit zu beachten, solange sie nicht durch ein richterliches Urteil ausdrücklich bestätigt ist. Demgemäss muss bis dahin der Rechtserfolg, der an sich nicht eingetreten ist, dennoch als thatsächlich vorhanden behandelt werden. Sobald aber das Urteil rechtskräftig ergangen ist, ist auch die Schranke, welche der Geltendmachung der Unwirksamkeit bisher im Wege stand, nunmehr beseitigt. Erst jetzt kommt der von vorneherein schon gegebene Mangel eines Rechtserfolges voll zur Geltung.

Insofern wird die Unwirksamkeit nicht erst durch das Urteil geschaffen. Sie wird durch dasselbe vielmehr als eine bereits vorhandene festgestellt. Sie wird es aber mit der besonderen Wirkung, dass sie nunmehr beliebig von jedermann geltend gemacht werden kann, was vor dem Urteil noch nicht der Fall war.

Die Sache ist also auch nicht etwa in der Weise aufzufassen, als sei der ausserprozessuale, eines Gültigkeitserfordernisses ermangelnde, Thatbestand bis zum Urteil trotzdem vollwirksam gewesen, als habe er demgemäss die gleichen Rechtsfolgen, wie im Falle seiner Gültigkeit hervorgerufen, und als würden diese Folgen selbst nunmehr konstitutiv durch das Urteil beseitigt. Vielmehr ist die Unwirksamkeit eine ursprüngliche. Sie ist von vorneherein gegeben, aber mit einer Beschränkung hinsichtlich ihrer Verwertbarkeit. Das Urteil hat lediglich die Bedeutung, dass es diese Beschränkung aufhebt. Es beseitigt also nicht eine Rechtsbeziehung selbst, als ob etwa diese bisher wirksam existiert hätte — nicht z. B. ein gültiges Rechtsverhältnis —, sondern es konstatiert ihren Nichtbestand derart, dass er nun allgemein geltend gemacht werden kann.

Diese an sich ziemlich komplizierte Rechtslage lässt sich auch in folgender Weise darstellen. Der Richterspruch vernichtet nicht selbst etwas Existentes. Er ist bloss die Voraussetzung, unter welcher jene — schon durch das objektive Recht unabhängig vom Prozess ausgesprochene — Vernichtung unbeschränkt von jedermann benützt werden kann. Er begründet nicht selbst eine Änderung, sondern er ermöglicht jedermann die Berufung auf eine stattgehabte

Änderung. Er hat für sich allein keine rechtsgestaltende, insbesondere keine aufhebende Kraft, sondern ergänzt lediglich die Folgen eines ausserprozessualen Geschehnisses in einer bestimmten einzelnen Richtung. Er ist nicht ein selbständig wirkender Thatbestand, sondern er bringt die schon vorhandene Wirkung durch autoritative Feststellung derselben lediglich zur vollen Geltung.

Er ist, wenn eine — logisch freilich nicht ganz korrekte — Gegenüberstellung herangezogen werden darf, nicht wirkende Ursache, sondern ergänzende Bedingung. Er hat also rein komplementären, auslösenden Inhalt. Und mit Rücksicht darauf empfiehlt es sich vielleicht, für unsere Urteilskategorie den Ausdruck „auslösendes Urteil" zu verwenden.

Gegen diese Auffassung lässt sich nun freilich ein gewichtiges Bedenken erheben. Eine Unwirksamkeit, — so kann man einwenden, — die nicht geltend gemacht werden kann, ist in Wahrheit gar keine Unwirksamkeit. Ein Rechtsverhältnis, das vom Gesetz als nichtig bezeichnet wird, auf dessen Nichtigkeit sich aber niemand berufen kann, äussert infolgedessen gewisse Rechtsfolgen, ist also thatsächlich ein gültiges und wirksames Rechtsverhältnis. Es ist ein Widerspruch, dem Thatbestand jede Wirkung abzusprechen und zugleich einzugestehen, dass er gewisse Wirkungen äussere. Das Urteil, welches durch Feststellung dieser angeblichen „Nichtigkeit" ihre Geltendmachung überhaupt erst ermöglicht, beseitigt, richtig aufgefasst, bloss das bisherige Verhältnis. Es hat zur Folge, dass eine „Unwirksamkeit", von der vorher Niemand Gebrauch machen konnte, nunmehr von Jedermann verwertet werden kann. Es zieht also eine offensichtliche Änderung nach sich, und es bildet insofern nichts anderes als einen Sonderfall des konstitutiven Urteils.

Dieser Einwand ist indessen nicht durchschlagend. Zwar kann unbedenklich zugegeben werden, dass der soeben dargelegte Standpunkt sehr wohl vom Gesetze sanktioniert werden könnte. Es ist durchaus denkbar, dass das objektive Recht an einem Thatbestand, der seinen Erfordernissen nicht genügt, trotzdem die erstrebte Rechtswirkung knüpft, und es einem richterlichen Urteil überlässt, dieselbe nachträglich wieder zu beseitigen, und zwar sogar mit rückwirkender Kraft. Das Urteil würde dann nicht konstatieren, was schon war, sondern auf Zerstörung von etwas Existentem gerichtet sein. Allein ebenso gut kann der Gesetzgeber den anderen Weg wählen. Er kann den Thatbestand für unwirk-

sam erklären, die Geltendmachung dieser Unwirksamkeit aber an eine Bedingung, nämlich an deren rechtskräftige Feststellung, knüpfen.

Beide Standpunkte sind, mag auch die praktische Wirkung in dem einen und anderen Falle vielleicht keine erheblich verschiedene sein, jedenfalls konstruktiv durchaus verschieden. Dort ist die beabsichtigte Rechtswirkung vollgültig, aber gewissermassen auflösend bedingt entstanden: mit dem Urteil erlischt sie. Hier ist die Rechtswirkung ausgeschlossen; sie soll aber aus praktischen Gründen zunächst als vorhanden betrachtet werden. Dort ist die prinzipielle Folge Wirksamkeit, beschränkt in ihrer Fortdauer durch die Möglichkeit der Wiederaufhebung mittels Richterspruchs. Hier steht die Unwirksamkeit im Vordergrund, beschränkt in ihrer Geltendmachung durch die Notwendigkeit vorgängiger Feststellung. Dort hat die Rechtsbeziehung, die der Thatbestand herbeizuführen bestimmt war, bis zum Erlass der auflösenden Entscheidung ein wirkliches, gesetzlich anerkanntes und gebilligtes Dasein. Hier hat sie nur eine Scheinexistenz, die, wenn auch zunächst als solche nicht behandelt, doch bloss der richterlichen Feststellung bedarf, um auch den Schein des Daseins zu verlieren.

Ob nun die eine oder die andere Auffassung der positiven Regelung eines Institutes zu Grunde zu legen ist, entscheidet in erster Linie natürlich der Gesetzgeber selbst. Lässt sich also die von ihm eingenommene Stellung sicher ermitteln, und mit seinen einzelnen positiven Rechtssätzen in Einklang bringen, so hat die wissenschaftliche Auslegung den erkannten Standpunkt, mag sie ihn für zweckmässig erachten oder nicht, als den für sie massgebenden hinzunehmen und ihm die eigene Konstruktion anzupassen.

Dies hat keine bloss theoretische Bedeutung. Denn, mag auch zunächst die Wahl des begrifflichen Ausgangspunktes praktisch noch so gleichgültig erscheinen, in letzter Linie muss man doch einmal zu dem einen oder anderen Punkte kommen, bei welchem die verschiedene Konstruktion auch zu verschiedenen praktischen Ergebnissen führen muss. Und hier entspricht es den richtigen Auslegungsgrundsätzen, die vorhandenen Zweifel in der Weise zu lösen, wie ihn voraussichtlich der Gesetzgeber gelöst hätte, d. h. in dem Sinne, der seiner allgemeinen theoretischen Auffassung am besten gerecht wird.

In der Regel wird es nun auch nicht an genügenden Anhaltspunkten fehlen. Namentlich lässt sich das auslösende Urteil an

einer Reihe von Einzelheiten erkennen. So vor allem an dem Wortlaut der einschlagenden Bestimmungen. Besagen dieselben etwa, dass ein Rechtsverhältnis unter gewissen Voraussetzungen unwirksam oder nichtig sei, dass aber die Nichtigkeit erst nach ausdrücklicher Bestätigung durch Richterspruch von jedermann geltend gemacht werden könne, so ist damit die Kategorie der auslösenden Urteile unzweideutig gekennzeichnet.

Für dieselbe lassen sich im Einzelfall, ausser diesem mehr äusserlichen Gesichtspunkt, noch Erwägungen materieller Art anführen. Zunächst kann nämlich das objektive Recht die unbeschränkte Geltendmachung der „Nichtigkeit", ausser an ihre rechtskräftige Feststellung, noch an andere Thatbestände knüpfen. Hiermit ist nun zwar die Annahme eines konstitutiven Urteils nicht schlechthin unvereinbar, da der Rechtserfolg der letzterwähnten Entscheidungen, wie bereits ausgeführt, vielfach auch auf anderem Weg erreicht werden kann (s. oben S. 60f.). Allein es spricht doch bei dieser Sachlage eine starke Vermutung dafür, dass wir es hier mit rechtsgestaltenden Urteilen nicht zu thun haben. Denn, wenn die „Nichtigkeit" zur Geltung kommen kann, ohne dass ein Richterspruch zu ergehen braucht, so muss sie schon vor dem Urteil und unabhängig von ihm bestehen.

Sie wird also durch die Entscheidung des Richters nicht erst herbeigeführt, sondern lediglich nach einer bestimmten Richtung ausgelöst, wie dies ebensogut auch durch andere Umstände geschehen kann und thatsächlich geschieht. Wäre das Urteil die Ursache der Unwirksamkeit, so könnte dieselbe im Zweifel nicht anders als eben durch Urteil verwirklicht werden. Kann sie aber faktisch auch in anderer Weise zur Geltung gebracht werden, so muss man annehmen, dass das Urteil nur eine Bedingung ist — und zwar nicht die einzige —, unter welcher die schon vorher gegebene Nichtigkeit angerufen werden kann.

Für diese Auffassung wird sich noch ein weiterer Umstand anführen lassen. Da nämlich die Nichtigkeit von vornherein bestand, so muss sie als eine ursprüngliche geltend gemacht werden können, sobald sie erst durch das Urteil konstatiert und ausgelöst wird. Sie war schon durch den ausserprozessualen Thatbestand begründet, aber allerdings bis zum Urteil hinsichtlich ihrer Geltendmachung beschränkt. Sie muss daher mit dem Wegfall dieser Schranke nunmehr als eine von vorneherein gegebene angesehen und behandelt werden. Mit anderen Worten: Die Ent-

scheidung muss mit rückwirkender Kraft ausgestattet sein. Noch genauer: Die durch sie festgestellte Unwirksamkeit muss nunmehr auch für die Zeit vor ihrem Erlass geltend gemacht werden können.

Zwar an und für sich sind konstitutive Urteile mit rückwirkender Kraft nicht begrifflich unmöglich. Allein ihre Annahme in den hier erwähnten Fällen würde die Konstruktion wesentlich erschweren. Sie würde dazu zwingen, die Wirkungen des mangelhaften Thatbestandes als thatsächlich gegeben zu betrachten, um sie dann wiederum durch die richterliche Entscheidung mit rückwirkender Kraft beseitigen zu lassen. Dem gegenüber erscheint die Vorstellung, dass die erstrebten Rechtsfolgen überhaupt nie eingetreten waren und deshalb nach Erlass des Urteils als niemals begründet zu behandeln sind, wesentlich einfacher und der wirklichen Sachlage besser entsprechend.

Schliesslich darf die Annahme eines konstitutiven Urteils auch nicht darauf gestützt werden, dass der mangelhafte Thatbestand, eben weil seine „Unwirksamkeit" zunächst nicht geltend gemacht werden könne, bis zu dem Urteil gewisse Rechtsfolgen herbeiführe, und dass die Beseitigung derselben die Aufgabe des Richterspruches sei.

Denn diese „Folgen" führen kein rechtlich anerkanntes Dasein. Sie sind nicht an den Thatbestand als dessen normale Wirkungen geknüpft, sondern sie sind lediglich Reflexerscheinungen, Konsequenzen davon, dass die Unwirksamkeit zunächst unbeachtet bleiben muss. Sie ergeben darum auch keineswegs die gleiche Rechtslage, wie bei ordnungsmässiger Beschaffenheit des Thatbestandes, da sie nur eine scheinbare, nicht, wie im letzteren Fall, eine wirkliche Existenz führen. Sie sind keinen Moment als gültige entstanden, und deshalb nicht geeignet, auch nur für begrenzte Zeitdauer als solche zu wirken. Sie sind reine Truggebilde, die unter der Drohung stehen, dass auch der bisher einstweilen bestehende rechtliche Zwang, sie als gültig zu behandeln, jederzeit beseitigt werde. —

Gerade die leichte Möglichkeit, diesen Zwang zu zerstören, zeigt, dass jene angeblichen Rechtsfolgen in Wahrheit gar nicht bestanden haben. Denn das objektive Recht giebt ja dem Interessenten, der die „Nichtigkeit" geltend zu machen wünscht, die jederzeitige Gelegenheit hierzu. Freilich muss er sie zu diesem Behuf vorher noch rechtskräftig feststellen lassen. Allein er erfüllt

hiermit eine blosse Formalität, da er beim Vorliegen des Unwirksamkeitsgrundes das Urteil notwendig erhalten muss.

Der Unterschied gegenüber anderen Fällen der Unwirksamkeit ist ein mehr äusserlicher. Während dort die Geltendmachung der Nichtigkeit unmittelbar erfolgen kann, zerfällt sie hier in zwei Stadien. In dem ersten, mehr vorbereitenden Verfahren, ist sie gerichtet auf urteilsmässige Konstatierung der Unwirksamkeit. In dem zweiten, mit dem Urteil beginnenden, Stadium werden aus dieser jetzt festgestellten Unwirksamkeit nunmehr die materiellen Konsequenzen gezogen.

Es trifft also, streng genommen, nicht einmal zu, wenn man aufstellt, die Unwirksamkeit könne vor dem Urteil nicht geltend gemacht werden. Dies würde nur dann zuzugeben sein, wenn „die Unwirksamkeit eines Thatbestandes geltend machen" nichts anderes hiesse, als aus derselben sofort und unmittelbar die praktischen Folgerungen ziehen [70]). Allein, richtig verstanden, lässt sich der Ausdruck in einer weiteren Bedeutung, nämlich von jeder Thätigkeit verwenden, die, wenn auch nur mittelbar, auf Verwertung der Unwirksamkeit gerichtet ist, also namentlich auch von Handlungen, welche die letztere erst entscheiden lassen wollen, um dann nachträglich weiteren Gebrauch von ihr zu machen. In diesem Sinne kann die Unwirksamkeit allerdings schon vor dem Urteil „geltend gemacht" werden, eben durch Erhebung einer auf ihre Ermittelung gerichteten Klage. Der Prozess will also nicht erst durch das Mittel des Urteils die Geltendmachung überhaupt erst ermöglichen, sondern er ist selbst der Beginn der Geltendmachung.

Und es ist insofern der Vorwurf unbegründet, als bewege sich unsere Auffassung in einem logischen Widerspruch, wenn sie zugleich eine durch den ausserprozessualen Thatbestand begründete Unwirksamkeit annehmen und auf der anderen Seite ihre Geltendmachung ausschliessen wolle. Hiermit entfällt der einzige erhebliche Einwand, den man gegen die Kategorie der auslösenden Urteile allenfalls ins Feld führen könnte [71]).

70) Auch die bisherige Darstellung verwendet den Ausdruck in dieser engeren Bedeutung, weil dieselbe der gewöhnlichen Rechtslage entspricht und daher in der Litteratur auch allein berücksichtigt werden kann. Dass sie, streng genommen, inkorrekt ist, dürfte sich aus dem Text ergeben. Trotzdem wird sie, der Kürze halber, auch später beibehalten, soweit sich nicht aus dem Zusammenhang der Darstellung eine andere Bedeutung ergiebt.

71) Als eine durchaus zutreffende Definition des Auslösungsurteils liesse sich folgender Satz von Stein verwerten (in Birkmeyers Encyklopädie S. 1173): „Bei



II. Aus den bisherigen Ausführungen dürfte sich das Verhältnis der auslösenden Urteile zu den anderen Arten von Entscheidungen ergeben.

1. Was zunächst die rein deklarativen Urteile betrifft, so stehen ihnen die auslösenden Entscheidungen zweifellos sehr nahe. In beiden Fällen wird eine Rechtsfolge ausgesprochen, die unabhängig vom Urteil ist und sich schon unmittelbar mit dem ausserprozessualen Thatbestande verknüpft hat. In beiden wird diese Rechtsfolge lediglich als eine schon eingetretene bestätigt, während an ihr selbst nichts mehr geändert wird.

Dagegen besteht ein Unterschied in folgender Richtung. Das rein deklarative Urteil erschöpft sich in seinem feststellenden Inhalt. Es will nichts weiter, als den Bestand oder Nichtbestand eines Rechtsverhältnisses — oder einer Thatsache — ausser Zweifel stellen. Denn es äussert unmittelbar keine weitere Wirkung, als sie in der Rechtskraft enthalten ist, nämlich massgebende Festsetzung, dass die Rechtsbeziehung oder Thatsache so zu gelten hat, wie sie durch den Richter ermittelt ist.

Das auslösende Urteil geht weiter. Es stellt zwar auch die früher begründete Rechtsfolge fest. Es will aber durch deren Konstatierung zugleich ihre anderweitige Geltendmachung ermöglichen, die bisher beschränkt war. Es gewährt eben dadurch, dass es die Unwirksamkeit deklariert, nunmehr jedermann die vorher fehlende Befugnis, das fragliche Rechtsverhältnis als „nichtig“ zu behandeln. Es hat also, abgesehen von der — prozessualen — Eigenschaft der materiellen Rechtskraft, darüber hinausgehend eine privatrechtliche Bedeutung, indem es die Bedingung erfüllt, von welcher das materielle Recht die unbeschränkte Berufung auf jene „Unwirksamkeit“ abhängig macht.

Betrachten wir speziell ein rein deklaratives Urteil, durch welches die Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses festgestellt wird, so ist die Sachlage die, dass jene Nichtexistenz auch schon vor dem Urteil und unabhängig von ihm geltend gemacht

---

der zweiten Art knüpft das materielle Recht zwar die Rechtswirkung an den ausserprozessualen Vorgang und datiert sie von ihm ab, verlangt aber zur Auslösung der Wirkung einen Richterspruch.“ Freilich rechnet der genannte Schriftsteller diese Urteile zu den konstitutiven Erkenntnissen, als eine besondere, durch die rückwirkende Kraft unterschiedene Kategorie derselben, unter welche er übrigens eine Reihe von Entscheidungen bringt, die schon nach seiner eigenen Formulierung wohl nicht hierher zu ziehen wären.

werden konnte. Bei dem auslösenden Urteil dagegen soll dieses Ergebnis gerade durch die Entscheidung erst herbeigeführt werden. Dort wird die Berufung auf die Nichtigkeit durch das Urteil lediglich erleichtert, hier wird sie durch dasselbe überhaupt erst ermöglicht. Dort hat der Richterspruch, vom Standpunkte des materiellen Rechtes aus betrachtet, überhaupt gar keine selbständige Bedeutung. Hier hat er wenigstens die Wirkung, eine Schranke zu beseitigen, welche bisher der allgemeinen und unbeschränkten Geltendmachung der Nichtigkeit im Wege stand. Demgemäss erschöpft er sich dort in seiner Unabänderlichkeit, während er hier die materiellen Folgen eines Thatbestandes in bestimmter Richtung ergänzt.

Dieser Vergleich liesse sich noch weiter ausführen. Das Gesagte mag genügen, um die Verschiedenheit beider Urteilsarten zu erweisen. Dieselbe zeigt sich auch praktisch in einer Reihe von Punkten, von denen die wichtigsten hervorgehoben seien.

a) Die reine Feststellungsklage ist von unserer CPO. als allgemeines Institut aufgenommen. Sie ist, wie schon früher (S. 55) ausgeführt, überall zulässig, wo sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird. Demgemäss genügt es, wenn ihre allgemeinen Voraussetzungen abstrakt normiert sind. Ihre Statthaftigkeit braucht nicht bei allen einzelnen Rechtsverhältnissen ausdrücklich erwähnt zu werden. Denn es versteht sich nach dem Standpunkt unseres Gesetzes von selbst, dass jede Rechtsbeziehung bei Zweifeln über ihren Bestand geeignet erscheint, Objekt einer richterlichen Deklaration zu werden, sofern nur ein rechtliches Interesse daran besteht.

Anders bei den auslösenden Urteilen. Dieselben erscheinen als Sondergebilde. Sie sind Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatze, dass eine Unwirksamkeit von jedermann sofort und unmittelbar geltend gemacht werden kann. Und eben mit Rücksicht auf diese Eigentümlichkeit sind sie nur insoweit denkbar, als sie durch das objektive Recht ausdrücklich vorgesehen sind. D. h.: Zulässigkeit und Notwendigkeit der Klage muss bei ihnen speziell bestimmt sein.

b) Damit hängt ein weiterer Unterschied zusammen. Bei Klagen, die auf reine Deklaration gerichtet sind, ist Voraussetzung der Zulässigkeit ein rechtliches Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung. Wird dieses letztere geleugnet, so muss es bewiesen werden. Diese durch § 256 CPO. aufgestellte Schranke

ist unerlässlich, um einen Missbrauch des Prozessinstitutes zu vermeiden.

Bei den Auslösungsurteilen dagegen begnügt sich das Gesetz in jedem einzelnen Falle, in welchem es die Klage überhaupt vorsieht, mit der Regelung der Sachlegitimation. Ist dieselbe in concreto vorhanden, so ist mit ihr auch das rechtliche Interesse des Klägers gegeben. Dasselbe braucht somit nicht erst noch dargethan zu werden[72]).

c) Das Feststellungsurteil wirkt nach der Grundidee der Rechtskraft prinzipiell nur unter den Parteien. Dritte Personen ergreift es nur, soweit eine solche Erweiterung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist.

Bei den Auslösungsurteilen dagegen liegt die Sache anders. Hier ist die Geltendmachung der Unwirksamkeit vor dem Urteil gerade um deswillen ausgeschlossen, weil eine verschiedene Behandlung eines und desselben Thatbestandes durch die einzelnen Interessenten aus bestimmten Gründen — namentlich des öffentlichen Wohls — vermieden werden soll. Das Urteil hat also gerade den Zweck, eine gleichmässige Regelung zu gewährleisten. Mithin muss es, sobald es ergangen ist, nicht nur den Prozessparteien, sondern jedermann die Möglichkeit geben, die nun festgestellte „Nichtigkeit" geltend zu machen. D. h.: die zusprechende Entscheidung muss gegenüber Dritten wirksam sein.

Es handelt sich aber dabei, genau genommen, nicht so sehr um die prozessuale Erscheinung der materiellen Rechtskraft als vielmehr um das civilrechtliche Gebilde einer Unwirksamkeit, die, einmal festgestellt, von jedermann geltend gemacht werden kann. Deshalb würde sich hier die Erstreckung der Entscheidungsfolgen auf dritte Personen schon aus dem Begriffe des Urteils schliessen lassen, ohne dass es einer positiven Gesetzesvorschrift bedürfte.

---

72) Natürlich ist auch hier ein rechtliches Interesse am Urteil in thesi vorausgesetzt. Ohne ein solches lässt der Staat seine Rechtsprechungsorgane überhaupt niemals in Thätigkeit treten. Dies gilt nicht bloss für reine Feststellungsklagen, sondern ebensowohl für Klagen auf Leistungs-, Konstitutiv-, Auslösungs- und Festsetzungsurteile. Allein, während sich das rechtliche Interesse bei den ersterwähnten nicht allgemein und von selbst versteht, sondern im Zweifel erwiesen werden muss, ergiebt es sich in den übrigen Fällen ohne weiteres aus dem Prozessgegenstand und dem Verhältnis des Klägers zu demselben. — Die allgemeine Notwendigkeit des rechtlichen Interesses am Urteil wird jetzt nicht mehr bezweifelt. Auf sie hat zuerst aufmerksam gemacht A. S. Schultze in seinem Deutschen Konkursrecht S. 150.

Zum Überfluss ist aber in den meisten hierher gehörigen Fällen die Ausdehnung der Rechtskraft ausdrücklich vorgesehen. Und zwar gilt dies nicht bloss für die zusprechenden, sondern — was durch die Natur der Sache an sich nicht geboten wäre — sogar auch für die abweisenden Entscheidungen.

2. Auf der anderen Seite unterscheidet sich das Auslösungsurteil auch von dem konstitutiven Erkenntnis in sehr wesentlicher Weise.

Letzteres verändert bestimmungsgemäss die bisherige Rechtslage. Es konstatiert nicht eine unabhängig von ihm eingetretene Folge, sondern es bildet selbst den rechtsgestaltenden Thatbestand. Es wirkt vermöge der ihm vom objektiven Recht verliehenen Kraft schöpferisch auf die Privatrechtsbeziehungen ein. Es hat insofern Ähnlichkeit mit den sonstigen juristischen Thatsachen, die auf die Begründung, Veränderung oder Aufhebung der materiellen Rechtsverhältnisse von unmittelbarem Einfluss sind.

Das Auslösungsurteil dagegen hat nicht diese selbständige Bedeutung. Es ändert an den ausserprozessualen Beziehungen selbst nicht das Geringste, sondern nur an der Möglichkeit ihrer Geltendmachung. Es hebt nicht ein bisher gültig bestehendes Verhältnis auf, sondern deklariert lediglich, dass ein solches nie vorgelegen hat, sodass sich nunmehr jedermann unbeschränkt auf dessen Nichtbestand berufen kann. Es hat insofern ergänzende, komplementäre Wirkung. Es entnimmt seine ganze Kraft der ausserprozessualen, von ihm festgestellten Rechtslage. Es enthält bloss die Bestätigung und Bekräftigung des schon früher und unabhängig von ihm eingetretenen Rechtserfolgs. Dagegen ist es nicht selbst auf Herbeiführung eines solchen Erfolges gerichtet.

Das Verhältnis zwischen der Entscheidung und dem zu Grunde liegenden Thatbestand ist bei dem konstitutiven und dem auslösenden Urteil ein durchaus verschiedenes. Dort ist die ausserprozessuale Thatsache, welche das Urteil rechtfertigt — z. B. der Ehebruch — nicht der unmittelbare Rechtsgrund des herbeizuführenden Erfolges — nämlich der Scheidung. Er ist nicht ihre causa in diesem Sinne, sondern lediglich die Voraussetzung — gewissermassen ein Motiv — für den Erlass der konstitutiven Entscheidung, die ihrerseits erst auf das Rechtsverhältnis abändernd einwirkt. Hier dagegen ist der Rechtserfolg, den das Gesetz erstrebt (nämlich Unwirksamkeit), schon mit der ausserprozessualen Thatsache selbst verknüpft. Diese ist die eigent-

liche Ursache jenes Ungültigkeitserfolges, während die Entscheidung nur die Aufgabe hat, die unbeschränkte Geltendmachung desselben dadurch zu ermöglichen, dass sie ihn als einen bereits eingetretenen feststellt.

Dort steht also das Urteil, hier der dasselbe veranlassende Thatbestand im Vordergrund. Dort hat der Richterspruch selbständige, schöpferische Kraft; hier hat er nur eine ergänzende, auslösende Bedeutung. Dort schafft er eine Veränderung des bisherigen Zustandes, hier enthält er eine Bestätigung und Ergänzung desselben. Wollte man nach privatrechtlichen Analogieen suchen, so würde das konstitutive Urteil etwa mit dem Rechtsgeschäfte zu vergleichen sein, während das auslösende Urteil Ähnlichkeit mit einer Bedingung hätte, genauer, mit einem Ereignis, von dessen Eintritt die Geltendmachung der Geschäftswirkungen abhängig gemacht worden wäre.

Die geschilderte Verschiedenheit beider Arten zeigt sich auch in praktischer Hinsicht. So schon in der Fassung des Entscheidungstenors. In dem einen Falle bringt das Urteil seine rechtsgestaltende Funktion schon äusserlich zur Geltung, indem es die Abänderung, auf die es gerichtet ist, bereits in seine Formel aufnimmt. Z. B.: Die Ehe wird geschieden; der Güterstand wird aufgehoben u. s. w. Das Nähere oben S. 57.

Das Auslösungsurteil dagegen beschränkt sich äusserlich auf blosse Deklaration einer schon ausserhalb des Prozesses eingetretenen Rechtsfolge. Dass diese Feststellung eine besondere Wirkung hat, ergiebt sich nicht aus der Entscheidung selbst, sondern aus dem abstrakten Rechtssatz, der ihr die auslösende Kraft verleiht. Der Richterspruch muss es vermeiden, die auslösende Wirkung, die das Gesetz an seinen Erlass knüpft, in seiner eigenen Disposition auszusprechen. Denn er darf die Form einer konstitutiven Entscheidung nur soweit haben, als ihm diese Eigenschaft zweifellos verliehen ist. Wenn aber der Gesetzgeber nur die Verstärkung oder Entfaltung einer bereits anderweitig begründeten Wirkung an ihre rechtskräftige Feststellung knüpft, so muss sich eben das Urteil auf diese Feststellung beschränken.

Wichtiger als diese Äusserlichkeit ist folgender Punkt. Da das konstitutive Urteil selbst erst eine Änderung der Privatrechtsverhältnisse herbeiführt, so entspricht es seiner Eigenart, dass es in der Regel nur für die Zukunft wirkt. Eine Rückbeziehung ist zwar weder begrifflich unmöglich, noch auch faktisch ausge-

schlossen. Allein im Zweifel, d. h. in Ermangelung positiver Gesetzesvorschriften, ist bloss Wirkung ex nunc als die naturgemässe Erscheinung anzusehen.

Umgekehrt folgt aus dem Wesen des Auslösungsurteils die rückwirkende Kraft mit logischer Notwendigkeit. Denn, wenn dasselbe lediglich die Berufung auf eine Rechtsfolge ermöglichen soll, die unabhängig von ihm auf Grund eines früheren Thatbestandes eingetreten war, so muss die geltend zu machende Rechtsfolge nicht erst vom Urteil, sondern eben von jenem Thatbestand ab datiert werden. Ja, es kann diese rückwirkende Kraft, wie bereits früher ausgeführt wurde, geradezu als ein Symptom für das Vorliegen eines auslösenden Urteils betrachtet werden. Und dass dieser theoretischen Auffassung auch die gesetzliche Behandlung entspricht, werden die später anzuführenden Beispiele ergeben.

Schliesslich lässt sich die Verschiedenheit in den Wirkungen beider Urteilsarten durch eine einfache Erwägung praktischer Art veranschaulichen. Man braucht bloss den Fall zu nehmen, dass der Gesetzgeber dem Urteil rücksichtlich seiner Rechtsfolgen einen anderen Thatbestand gleichsetzt. Dieser wird dann, je nachdem er der einen oder anderen Entscheidung entspricht, ganz verschiedene Konsequenzen nach sich ziehen. In dem einen Falle wird er eine Veränderung in den materiellen Rechtsverhältnissen herbeiführen. So hat z. B. die vertragsmässige Beseitigung eines ehelichen Güterstandes, welche in ihren Folgen ja der richterlichen Aufhebung durchaus entspricht, konstitutive Bedeutung.

Wird dagegen ein bestimmter Umstand dem auslösenden Urteil gleichgesetzt, so bewirkt er keine Modifikation der konkreten Rechtsbeziehung, sondern ermöglicht bloss die Geltendmachung einer schon früher eingetretenen Folge. Dies gilt z. B., wenn eine nichtige Ehe „aufgelöst" wird (§ 1329 BGB.), genauer, wenn ein Ereignis eintritt, das sie im Falle ihrer Gültigkeit aufgelöst hätte. Hier zeigt sich deutlich, dass diese sog. „Auflösung" keineswegs die Bedeutung hat, die Ungültigkeit selbst zu begründen, sondern bloss ihre Verwertung unbeschränkt zu ermöglichen. Dasselbe muss aber von dem Nichtigkeits*urteil* gelten.

III. Innerhalb der Auslösungsurteile lassen sich nun *zwei Gruppen* bilden, die sich voneinander nicht durch den Charakter der Entscheidung selbst, sondern durch den Thatbestand unterscheiden, auf den sie sich beziehen.

1. Bei der einen Art ist die Unwirksamkeit, deren praktische Verwertung durch das Urteil ausgelöst werden soll, bereits ausserhalb des Rechtsstreits eingetreten. Sie ist, und zwar unmittelbar kraft Gesetzes, mit einem ausserprozessualen Thatbestande verknüpft worden. Zu ihrer Entstehung bedarf es nicht erst einer Willenserklärung des beteiligten Privaten, weder einer civilrechtlichen noch einer prozessualen. Die Klage enthält ihrer begrifflichen Bedeutung nach nichts anderes als den prozessualen Antrag auf Entscheidung. Sie macht lediglich die schon vorhandene Unwirksamkeit geltend. Und das Urteil stellt bloss fest, dass diese bereits vor dem Prozess oder doch wenigstens unabhängig von ihm begründet worden ist.

Als Hauptbeispiel dieses Typus ist das Ehenichtigkeitsurteil zu nennen. Hier ist die mit dem mangelhaften Thatbestand verknüpfte Wirkung, nämlich Ehenichtigkeit, unabhängig vom Prozesse gegeben. Sie wird unmittelbar durch den Eheabschluss begründet. Sie bedarf zu ihrer Entstehung nicht erst einer Willenserklärung, insbesondere nicht einer Klage der Beteiligten.

a) Dass es sich in unserem Fall um eine auslösende Entscheidung handelt, ergiebt sich aus verschiedenen Umständen. Zunächst aus dem Wortlaut des Gesetzes. Nach ihm ist die Ehe nichtig, wenn ein bestimmter Thatbestand verwirklicht ist, z. B. ein Gatte bereits in gültiger Ehe mit einem Dritten lebt (§§ 1323—1328 BGB.). Es kann aber die Nichtigkeit, „so lange die Ehe nicht für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden" (§ 1329 Abs. 1 BGB.)[73]. Die Nichtigkeit der Ehe besteht also von vorneherein, sie kann aber nur auf Grund des Urteils allgemein geltend gemacht werden. Daraus ergiebt sich, dass diese Konstruktion vom Gesetzgeber mit voller Absicht gewählt worden ist, wie sich dies denn auch weiterhin aus den Materialien des Gesetzes ergiebt[74].

73) Der Ausdruck „für nichtig erklären" lässt sich für die Konstruktion nicht verwerten. Er kann sowohl die Konstatierung einer bereits vorhandenen als den Ausspruch einer erst herbeizuführenden Nichtigkeit bezeichnen. Letzteres etwa in einem ähnlichen Sinne, wie wenn eine Sitzung für eröffnet „erklärt" wird.

74) Insbesondere Motive IV S. 56f.: „Dabei ist .... das Verhältnis nicht so zu denken, als ob die Ehe durch die Nichtigkeitserklärung überhaupt zu einer nichtigen würde, sondern das Urteil hat nur deklarative Bedeutung. Die Eigentümlichkeit des Verhältnisses besteht also darin, dass die schon vorhandene Nichtigkeit bis zur Nichtigkeitserklärung der Ehe incidenter nicht geltend gemacht werden kann." Als Gründe für diese Regelung werden angeführt: Interesse des Staates

Eine fernere Bestätigung liegt darin, dass die Nichtigkeit in einem Fall auch ohne vorgängiges Urteil von jedermann verwertet werden kann, nämlich dann, wenn die Ehe „aufgelöst" wird (z. B. durch Scheidung oder Tod). Endlich kommt hinzu, dass die Entscheidung über die Nichtigkeitsklage mit rückwirkender Kraft ausgestattet ist, woraus sich ebenfalls schliessen lässt, dass die Nichtigkeit, die infolge des Urteils nunmehr schrankenlos geltend gemacht werden kann, von vorneherein bestanden hat[75]).

---

an der Aufrechterhaltung gültiger Ehen, Rücksicht auf die öffentliche Ordnung und die Sicherheit des Verkehrs, Vermeidung widersprechender Urteile.

75) Die hier vertretene Auffassung wird denn auch von der Mehrzahl der Civilisten geteilt, welche allerdings hier nicht eine besondere Entscheidungsart, sondern reines Feststellungsurteil annehmen. S. statt aller Planck, § 1329, 5 S. 55 und Opet eod, 2, besonders aber Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 9ff. Dagegen wird ein konstitutives Urteil angenommen von Langheineken S. 244f.; Stein in Birkmeyers Encykl. S. 1173; Kommentar I S. 513; Seuffert, Komm. S. 347 c$\alpha$; vor allem Hellwig, Lehrb. S. 238 b; Anspruch und Klagr. S. 465 Anm. 29, 472 ff.; Rechtskraft § 9 S. 63f., der diesen Standpunkt am gründlichsten und eingehendsten vertreten hat. Er macht namentlich zwei Gründe geltend: einmal, dass nach dem Gesetz die sog. „nichtige Ehe" die wichtigsten Wirkungen, ja im grossen und ganzen die gleichen Rechtsfolgen äussere, wie eine vollkommen gültige Ehe, und dass dieselben erst durch den Richterspruch beseitigt würden; sodann, dass es unstatthaft sein würde, mit der Nichtigkeitsklage, wenn sie lediglich deklarativer Natur wäre, die Klage auf Feststellung des Nichtsbestehens der Ehe zu verbinden, bezw. die Widerklage auf positive Feststellung der Ehe zu erheben. Über den zweiten Grund s. den Text b$\beta$ S. 100f. Gegen den ersten ist zu bemerken: der Rechtszustand vor dem Urteil und derjenige nach demselben stehen zu einander nicht in einem gegensätzlichen Verhältnis, so dass der letztere eine Veränderung des ersteren darstellte. Vielmehr bildet dieser lediglich die Ergänzung und Durchführung jenes anderen. Die angeblichen Rechtsfolgen der nichtigen Ehe sind in Wahrheit nur Scheinwirkungen, die zur restlosen Beseitigung, genauer: zur Enthüllung ihrer Scheinnatur, von vorneherein bestimmt sind. Dies gilt hier umsomehr, als ja die Geltendmachung der Nichtigkeit im Klageweg nicht einmal von dem Belieben der beteiligten Privaten abhängt, sondern Befugnis wie Amtspflicht eines öffentlichen Organs ist. Die Ehe besteht als Ehe überhaupt nicht. Und der Eheabschluss ist nicht weniger darum unwirksam, weil die Unwirksamkeit zuerst nur in der Form einer Klage geltend zu machen ist, bevor aus ihr die weiteren Konsequenzen gezogen werden. — Die Annahme eines rechtsgestaltenden Urteils verträgt sich vor allem schlechter als unsere Konstruktion mit der rückwirkenden Kraft. Erst recht ist sie mit dem Umstande, dass auch die „Auflösung" der Ehe die Geltendmachnng der Nichtigkeit ermöglicht, nicht wohl vereinbar. Letzteres erkennt auch Langheineken S. 247 an. Doch bedeutet es natürlich keine Beseitigung der von seinem Standpunkt aus gegebenen Schwierigkeit, wenn er jene Erscheinung als eine „Diskontinuität der rechtlichen Qualifizierung eines Thatbestandes" bezeichnet.

b) Die Eigenart der auslösenden Entscheidung tritt besonders deutlich hervor, wenn man den Ehenichtigkeitsprozess mit zwei anderen Ehesachen vergleicht.

α) Zunächst ist das Nichtigkeitsurteil wohl zu unterscheiden von dem konstitutiven Urteil in Ehesachen. Als solches kommt, wie bereits ausgeführt, namentlich das Scheidungsurteil in Frage. Bis zur Rechtskraft desselben besteht die Ehe vollkommen zu Recht. Mit diesem Zeitpunkt aber wird sie ex nunc aufgelöst. In unserem Falle dagegen ist die Ehe von vorneherein nichtig, d. h. sie existiert nicht zu Recht. Das Urteil löst sie also nicht auf, sondern konstatiert lediglich ihren Nichtbestand. Es wirkt demgemäss ex tunc.

β) Es deckt sich aber darum noch keineswegs mit der rein konstatierenden Entscheidung in Ehesachen, d. h. mit dem Urteil, welches feststellt, dass eine Ehe nicht besteht. Letzteres ist unserem positiven Rechte nur in einer ganz speziellen Bedeutung bekannt. Es macht geltend, dass eine Ehe nicht besteht, entweder weil ein Eheabschluss überhaupt nicht bezw. in einer völlig ungenügenden Form — Mangel eines wesentlichen Formerfordernisses und des Eintrags in das Heiratsregister — stattgefunden hat, oder weil die erste begriffliche Voraussetzung jeder Ehe fehlt, nämlich Geschlechtsverschiedenheit der beiden Beteiligten. Die Nichtigkeitsklage dagegen behauptet, dass die Ehe aus einem der im Gesetz abschliessend aufgezählten Nichtigkeitsgründe des rechtlichen Bestandes ermangelt. Sie setzt also voraus, dass der Eheabschluss selbst korrekt erfolgt oder wenigstens im Heiratsregister vermerkt worden ist.

Im ersten Falle kann sich jedermann, ohne dass es erst noch eines Prozesses bedürfte, auf die Nichtexistenz der Ehe berufen. In dem zweiten ist dies erst möglich, wenn die Nichtigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist. Damit hängt zusammen, dass dritte Personen in ihrem guten Glauben an den Bestand der Ehe dort überhaupt nicht, hier wenigstens in einzelnen Beziehungen geschützt werden.

Alle diese Abweichungen erklären es auch, dass beide Klagen miteinander verbunden werden können. Darin tritt auf das Deutlichste hervor, dass sich das Ehenichtigkeitsurteil von dem negativen Feststellungsurteil begrifflich unterscheidet[76]. Allerdings

76) Dass es aber nicht schon um deswillen als konstitutives Urteil anzusehen ist, ergeben die früheren Ausführungen, namentlich unter α.

stehen die beiden Klagen, wenn sie miteinander vereinigt werden, nicht in dem gegenseitigen Verhältnis der Gleichordnung, sondern in dem der Subsidiarität[77]. Die Frage der Nichtigkeit im technischen Sinne kann erst dann von Bedeutung werden, wenn ein formell ordnungsmässiger — bezw. wenigstens im Heiratsregister vermerkter — Eheabschluss zweier Personen verschiedenen Geschlechtes vorliegt. Ist dies nicht der Fall, so ist die Nichtigkeitsklage gegenstandslos. Der auf sie bezügliche Antrag ist als nicht erhoben zu denken. Nur wenn er ausdrücklich aufrecht erhalten wird, erfolgt besondere Abweisung.

Des weiteren ist gegenüber der Nichtigkeitsklage Widerklage auf Feststellung des Bestehens der Ehe — d. h. genauer des formgerechten Abschlusses durch Mann und Frau — gestattet. Eine solche wäre nur dann unzulässig — weil völlig überflüssig —, wenn sie lediglich das bejahen würde, was die Hauptklage verneint. In Wirklichkeit muss sie also einen ganz anderen Gegenstand haben. Dies ist auch thatsächlich der Fall, da die Hauptklage den formgerechten Eheabschluss keineswegs verneint, denselben im Gegenteil gerade voraussetzt. Demgemäss ist der Gegenantrag inhaltlich mit dem Hauptantrag durchaus vereinbar. Er wird aber vielfach aus einem anderen Grunde abzuweisen sein, nämlich wegen mangelnden rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung. Er wird im wesentlichen nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn im Lauf des Prozesses der Eheabschluss selbst in Frage gestellt wird, und er hat dann die speziellere Bedeutung einer Incidentfeststellungswiderklage[78].

2) Bei einer zweiten Art von Auslösungsurteilen tritt die Unwirksamkeit, die sich nach dem objektiven Recht an einen mangelhaften Thatbestand knüpfen soll, nicht schon unmittelbar mit diesem ausserprozessualen Thatbestand ein. Sondern sie ist von der ausdrücklichen Willenserklärung eines Beteiligten abhängig gemacht. Sie wird aber auch durch diese lediglich in dem beschränkteren Sinne herbeigeführt, wie bei allen Fällen des Auslösungsurteiles überhaupt. D. h. sie bedarf auch hier, um von

---

77) Der § 633 CPO., der die Zulässigkeit der Verbindung ausspricht, bildet also eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, dass von mehreren verbundenen Klagen (§ 260 CPO.) nicht die eine als bloss subsidiäre erhoben werden darf.

78) Aus der Zulässigkeit der Feststellungswiderklage ergiebt sich also zwar, dass die Ehenichtigkeitsklage keine reine (negative) Feststellungsklage ist. Insofern ist Hellwig, Rechtskraft S. 66 $\beta$ beizutreten. Daraus folgt aber nicht notwendig, dass sie eine Klage auf Konstitutivurteil sei.

jedermann geltend gemacht werden zu können, einer vorgängigen richterlichen Feststellung.

Es könnte nun sein, dass der vorausgesetzte Willensakt, der zu seiner Ergänzung des Urteils bedürfte, seinerseits ausserhalb des Prozesses und unabhängig von ihm sich vollziehen würde. Dann hätten wir es, falls die Willenserklärung thatsächlich ausserhalb des Prozesses abgegeben wird, mit der unter 1 behandelten Gruppe zu thun.

Regelmässig aber wird jener Akt durch positive Vorschrift mit dem Prozess, der zum Auslösungsurteil führen soll, in eigentümlicher Weise verbunden. Er muss nämlich, um rechtserheblich zu sein, „im Wege der Klage" stattfinden. Eine ausserhalb des Prozesses abgegebene Erklärung genügt also nicht. Weil nun einerseits ein besonderer Angriff des Interessenten zur Begründung der Unwirksamkeit vorausgesetzt ist, und weil dieser Angriff andererseits in Form einer Klage stattfinden muss, erscheint für denselben der Ausdruck „Anfechtungsklage" wohl angebracht.

Die Unterscheidung dieses Falles von der anderen Kategorie des Leistungsurteils macht keine Schwierigkeit. Während dort die Unwirksamkeit schon vor dem Prozess bestand, tritt sie hier erst mit demselben, genauer erst mit dem Prozessbegründungsakt der Klage ein. Dort konstatiert das Urteil, dass die Unwirksamkeit schon mit dem civilrechtlichen Thatbestande von vorneherein begründet war, und zwar unmittelbar kraft Gesetzes. Hier stellt es fest, dass sie durch Willenserklärung des Privaten, nämlich durch Erhebung einer ordnungsmässigen Anfechtungsklage, herbeigeführt worden ist. Es deklariert also hier zugleich die Rechtsbeständigkeit der Anfechtungshandlung.

In beiden Fällen aber hat das Urteil die gleiche begriffliche Bedeutung. Es ermöglicht die Geltendmachung einer Unwirksamkeit, die nicht durch die Entscheidung selbst herbeigeführt worden ist, sondern die unabhängig von ihr, sei es schon ausserhalb des Rechtsstreites, sei es gerade erst durch die Prozessklage, begründet war.

Fasst man jedoch spezieller die Klage ins Auge, so hat sie in beiden Kategorien eine etwas verschiedene Bedeutung. Bei der ersten ist sie ein rein prozessuales Gebilde. Bei der zweiten aber hat sie eine doppelte Funktion. Sie schliesst einerseits die civilrechtliche Anfechtungserklärung in sich. Sie enthält andererseits den rein prozessualen Antrag auf Erlass des Auslösungsurteils, der die Geltendmachung der nun eingetretenen Unwirksamkeit für jeden Interessenten möglich machen soll. Diese beiden Funktionen

sind aber vermöge positiven Rechtssatzes auf das Engste miteinander verknüpft derart, dass die Wirkung der materiell rechtlichen Anfechtungshandlung von der prozessualen Wirksamkeit des Klageakts in Abhängigkeit gebracht wird. Wird also die Klage aus prozessualen Gründen zurückgewiesen, so verliert hiermit auch die in ihr enthaltene Anfechtung ihre privatrechtliche Wirkung [79]).

Dadurch unterscheidet sich unser Fall auf das wesentlichste von der gewöhnlichen Anfechtung, die nach dem BGB. durch private, d. h. ausserprozessuale Erklärung stattfindet. Zwar kann auch diese mit der Klage auf Feststellung ihrer Rechtsfolgen verbunden werden. Allein auch dann liegt noch keine Anfechtungsklage im eigentlichen Sinne vor. Denn die massgebende Willenserklärung hätte ebensowohl ausserhalb des Prozesses erfolgen können. Sie ist also nicht, wie dies zum Wesen der speziellen Anfechtungsklage gehört, kraft Rechtsnotwendigkeit mit dem Prozessakte verbunden.

Wie wenig sie mit demselben, trotz der äusseren Vereinigung, innerlich zusammenhängt, zeigt sich schon darin, dass sie auch bei etwaigen prozessualen Mängeln der Klage ihre materiell-rechtliche Wirkung vollständig beibehält. Sie bleibt also, anders als bei der Anfechtungsklage im eigentlichen Sinne, auch dann gültig, wenn die Klage aus prozessualen Gründen zurückgewiesen wird [80]). Da sie ferner schon für sich allein die Unwirksamkeit ohne jede Schranke begründet, so kann die letztere bereits während des Prozesses von jedermann geltend gemacht werden, während bei der Anfechtungsklage dieses Ergebnis erst mit der Rechtskraft des Urteils eintritt. Demgemäss hat die Klage, auch wenn man lediglich ihre prozessuale Natur betrachtet, in beiden Fällen eine verschiedene Bedeutung. In dem ersten ist sie auf reine Feststellung, in dem zweiten auf Erlass eines Auslösungsurteils gerichtet.

Dass nun die Anfechtungsklage durch unser positives Recht auch thatsächlich anerkannt ist, soll im folgenden noch an einzelnen Beispielen erwiesen werden.

---

79) Dagegen würde nachträgliche Zurücknahme der korrekten Klage den Anfechtungsakt an sich nicht berühren, da dieser mit der ordnungsmässig erhobenen Klage wirksam geworden ist. Das Gegenteil kann aber durch positiven Rechtssatz aus praktischen Gründen bestimmt werden. Darüber unten S. 104f.

80) Erst recht, wenn die ordnungsmässige Klage nachträglich zurückgenommen wird. Anders freilich Kohler, Zeitschr. S. 21 § 7 i. f., in seinem für die Urteilslehre, namentlich vom kritischen Standpunkt, sehr förderlichen Beitrag.

a) In erster Linie ist zu nennen die Klage auf Anfechtung der Ehe (§§ 1330ff. BGB.).

Dass sie ihrer ganzen Struktur nach hierher zu rechnen ist, ergeben verschiedene Umstände. Zunächst ist auch bei ihr auf den Wortlaut des Gesetzes zu verweisen. Man vergleiche nur § 1341 Abs. 1 — „die Anfechtung erfolgt ... durch Erhebung der Anfechtungsklage" — mit § 1343 Abs. 2: „Die Nichtigkeit einer anfechtbaren Ehe, die im Wege der Klage angefochten ist, kann, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist, nicht anderweitig geltend gemacht werden." In den angeführten Wendungen kommt das Wesen der Anfechtungsklage als eines Sonderfalles der Auslösungsklage mit voller Deutlichkeit zum Ausdruck. Diese Konstruktion wird denn auch durch die Materialien unterstützt[81].

Bestätigt wird sie ferner durch den Umstand, dass die Geltendmachung der durch die Klage herbeigeführten Nichtigkeit unter Umständen, nämlich bei einer inzwischen eingetretenen anderweitigen „Auflösung" der Ehe, auch ohne dass es eines Urteils bedürfte, von jedermann geltend gemacht werden kann. Demgemäss bildet nicht die Entscheidung des Richters, sondern die Klaghandlung der Partei den massgebenden Thatbestand. Dies zeigt sich schliesslich auch darin, dass in gewissen Fällen die Anfechtung anders als durch Klage, nämlich durch Erklärung an das Nachlassgericht, erfolgen kann (§ 1342 BGB.)[82].

Gegen die dargelegte Auffassung könnte man nun freilich zwei positive Rechtssätze anführen wollen. Zunächt die Vorschrift, dass bei Zurücknahme der Klage die Anfechtung als nicht erfolgt

---

81) Vergl. Motive IV S. 95, 96, 84f.: „Einerseits bildet sie (die Anfechtungsklage) den Anfechtungsakt und hat insofern einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Als Anfechtungsakt bewirkt sie, dass die Ehe materiell nach rückwärts hin vernichtet wird. Andererseits hat die Anfechtungsklage insofern die Natur einer Feststellungsklage, als in dem durch ihre Erhebung anhängig gewordenen Rechtsstreit festgestellt werden soll, ob die Anfechtung begründet war oder nicht" .... „Wie nach § 1329 die Nichtigkeit einer in gehöriger Form abgeschlossenen Ehe incidenter nicht geltend gemacht werden kann, bis die Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist, so soll auch die infolge der Anfechtung eingetretene Wirkung der Ungültigkeit der Ehe .... nicht geltend gemacht werden, bis die angefochtene Ehe aufgelöst oder für ungültig erklärt worden ist."

82) Die rückwirkende Kraft des Urteils lässt sich hier nicht anführen, da nicht dieses, sondern die Anfechtungserklärung die Ehe zu einer von vorneherein nichtigen macht. § 1343 Abs. 1 Satz 1.

anzusehen sei. Daraus könnte geschlossen werden, dass bis zum Urteil die Anfechtung noch nicht wirksam geworden sei. Allein die Bestimmung will aus praktischen Gründen lediglich die Konsequenz vermeiden, welche aus dem Wesen der Sache dahin zu ziehen wäre, dass trotz der prozessualen Zurücknahme der Klage die materielle Anfechtungserklärung privatrechtliche Kraft beibehalten müsste[83]).

Sodann kann allerdings die Ehe, bis sie für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, noch während des Rechtsstreites genehmigt oder bestätigt, und dadurch in eine vollwirksame verwandelt werden. Auch hieraus darf nicht gefolgert werden, dass die Nichtigkeit erst durch das Urteil (konstitutiv) herbeigeführt werde. Denn die Vorschrift entspringt ebenfalls reinen Zweckmässigkeitserwägungen, nämlich dem favor matrimonii. Sie will es dem Anfechtungsberechtigten ermöglicchen, noch im Lauf des Prozesses für den Fall, dass z. B. hier noch eine Aussöhnung der Gatten herbeigeführt wird, das Eheverhältniss, trotz seiner an und für sich schon mit der Klage begründeten Nichtigkeit, dennoch durch Bestätigung zu heilen, bevor das Urteil aus dem Mangel die letzten Konsequenzen zieht[84]).

Die Eigenart der Eheanfechtungsklage tritt am deutlichsten hervor, wenn man sie mit anderen Eheklagen vergleicht. So unterscheidet sie sich von der Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Ehe dadurch, dass sie nicht, wie diese, darauf gerichtet ist, eine Ehe als von vorneherein nichtexistent lediglich zu deklarieren. Von der Ehenichtigkeitsklage weicht sie darin ab, dass sie nicht eine unabhängig von ihr selbst bestehende Unwirksamkeit zum Ausgangspunkte nimmt, sondern eine solche erst begründet. Und endlich ist sie auch von der Scheidungsklage aus dem Grunde scharf zu trennen, weil bei dieser erst das

---

83) Dieser Zweck wird von den Motiven IV S. 96 ausführlich dargelegt.

84) Vergl. Motive IV S. 96. Die hier entwickelte Ansicht wird sachlich von den meisten Civilisten geteilt, freilich mit dem Unterschied, dass sie nicht eine besondere Art von Entscheidung, sondern reines Feststellungsurteil annehmen. Vergl. Planck § 1341, 1; A. B. Schmidt § 1341, 1b; Opet § 1341, 1; Endemann 5. Aufl. II S. 661. Für Konstitutivurteil erklären sich Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 464 Anm. 23, 472; Rechtskraft § 9, Lehrb. S. 238 Anm. 42; ferner Langheineken S. 249; Stein in Birkmeyers Encykl. S. 1173; Gaupp-Stein, Komm. 4. Aufl. I S. 514; Seuffert, Komm. I S. 347. Dagegen wiederum Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 21. Die Gründe, welche gegen ein Konstitutivurteil sprechen, sind die gleichen, wie sie oben bei Behandlung des Ehenichtigkeitsurteils angeführt worden sind.

Urteil, hier dagegen schon die Klage der Thatbestand ist, welcher das Rechtsverhältnis der Ehe beseitigt.

b) Alles, was von der Eheanfechtungsklage gesagt wurde, gilt genau ebenso für die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, nur dass eben hier nicht das Eheverhältnis, sondern das Kindschaftsverhältnis angegriffen wird [85]. Auch diese ist eine Anfechtungsklage im technischen Sinn, die, wenn begründet, zu einem Auslösungsurteil führt [86].

Dafür lässt sich, ähnlich, wie bei der Eheanfechtung, zunächst der Umstand anführen, dass die Nichtehelichkeit unter Umständen auch in anderer Form als durch Klage herbeigeführt werden kann; dass sie nach Erhebung der Klage in gewissen Fällen auch geltend gemacht werden kann, ohne dass es bis zum Urteil gekommen ist (§ 1596 Abs. 3 und Anm. 88). Dafür sprechen ferner die Ausführungen der Materialien [87], vor allem aber der Wortlaut des Gesetzes: „Die Anfechtung der Ehelichkeit erfolgt . . . durch Erhebung der Anfechtungsklage“ und „Vor der Erledigung des Rechtsstreits kann die Unehelichkeit nicht anderweitig geltend gemacht werden“ [88].

c) Nichts anderes gilt für das Urteil, welches den Beklagten für erbunwürdig erklärt. Auch hier geht das Gesetz von der Auffassung aus, dass die in der Klage enthaltene Willenserklärung des Interessenten es ist, welche für die Entziehung der Erbenqualität den Ausschlag giebt. Das lässt sich, abgesehen von den Erläuterungen der Motive V S. 522, aus der

85) Entsprechendes ist nach § 1599 BGB. für die Klage anzunehmen, welche die Anerkennung der Ehelichkeit anficht.

86) Demgemäss treffen wir auch hier auf einen Gegensatz der Ansichten, indem teils reines Feststellungsurteil, teils konstitutives Urteil angenommen wird. Für das erstere Planck § 1596; Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 21. Für das letztere Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 464 Anm. 24, Lehrb. S. 238 b, 239, Rechtskraft S. 457; Langheineken S. 267 f.; Stein in Birkmeyers Encykl. S. 1173; Gaupp-Stein, Komm. I S. 514; Seuffert, Komm. I S. 347.

87) Motive IV S. 662 f. und Kommissionsprotokolle (Spahn) IV S. 474.

88) Zu beachten ist ein Unterschied in der Fassung. Bei der Eheanfechtung kann die Nichtigkeit nur geltend gemacht werden, „wenn die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist“. Bei der Ehelichkeitsanfechtung spricht das Gesetz von „Erledigung des Rechtsstreits“. Diese Ausdrucksweise, mit der übrigens ausweislich der Motive a. a. O. eine sachliche Abweichung nicht beabsichtigt war, bestätigt aber unsere Konstruktion nur um so besser, indem sie schärfer hervortreten lässt, dass nicht bloss das Urteil, sondern jede Erledigung des Rechtsstreits die bereits mit der Klage eingetretene Nichtehelichkeit zur vollen Geltung bringt.

Fassung des Gesetzes entnehmen: „Die Erbunwürdigkeit wird durch Anfechtung des Erbschaftserwerbes geltend gemacht“ (§ 2340 Abs. 1), und: „Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Anfechtungsklage“ (§ 2342 Abs. 1). Überall wird also der Willensakt des Privaten als der massgebende Thatbestand hingestellt[89]).

Allerdings tritt die richtige Auffassung hier aus dem Grunde nicht so deutlich hervor, weil der § 2342 im Absatze 2 hinzufügt: „Die Wirkung der Anfechtung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils ein“. Diese Bestimmung, die namentlich zu gunsten eines konstitutiven Urteils geltend gemacht wird[90]), steht aber, richtig verstanden, unserer Theorie nicht entgegen.

Sie besagt lediglich, dass die praktischen Folgen, welche sich aus dem durch die Aufechtungsklage bewirkten Verlust der Erbeneigenschaft ergeben, erst mit Rechtskraft des Urteils geltend gemacht werden können. Die Sachlage hat also, bei allen Unterschieden im einzelnen, eine gewisse Ähnlichkeit mit dem aufschiebend bedingten Geschäft, bei welchem die erstrebte Wirkung erst mit Eintritt der Bedingung Platz greift. In diesem Fall ist nicht zweifelhaft, dass der beabsichtigte Erfolg, wenn er auch erst durch ein späteres Ereignis ausgelöst wird, dennoch seine eigentliche Grundlage in dem Rechtsgeschäft hat. Ebenso ist für den Verlust der Erbenqualität die in der Klage liegende Willenserklärung des Interessenten ausschlaggebend, wenn auch ihre Wirkung erst durch die richterliche Entscheidung ausgelöst wird.

Natürlich hat die Erbunwürdigkeitsklage, trotzdem sie zur Kategorie der Auslösungsklagen gehört, gewisse Eigentümlichkeiten. Hervorzuheben sind folgende Punkte. Zunächst beseitigt sie nicht ein bestimmtes einheitliches Rechtsverhältnis — wie Ehe- oder Kindschaftsverhältnis —, sondern einen Komplex von solchen, nämlich die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen, welche infolge des Erbschaftserwerbes in der Person des Unwürdigen entstanden waren. Diese Erscheinung ist es, die man mit dem bequemen,

89) Dagegen lässt sich nichts aus der Fassung entnehmen, die das Gesetz für Klage und Urteil vorschreibt. § 2342 Abs. 1 Satz 2: „Die Klage ist darauf zu richten, dass der Erbe für erbunwürdig erklärt wird.“ Damit könnte ebensowohl reine Feststellung als Auslösung als auch sogar Rechtsgestaltung bezeichnet sein.

90) So vor allem sehr entschieden Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 468 ff. und Lehrb. S. 238. Im übrigen ist die Litteratur dieselbe wie die in Anm. 86 zitierte. Gegen das konstitutive Urteil namentlich Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 21 und Motive V S. 521 f.: „Die vernichtende Wirkung in Ansehung des Anfalls wohnt auch hier der Anfechtungserklärung bei.“



wenn auch nicht ganz korrekten Ausdruck „Entziehung der Erbenqualität“ bezeichnen will.

Sodann ist, was die Legitimation betrifft, die Anfechtungsbefugnis, anders als in den bisher behandelten Fällen, nicht einer einzelnen Person, insbesondere nicht bloss dem nächsten Interessenten gewährt, sondern jedem, der auch nur mittelbar, d. h. beim Wegfall der vor ihm berufenen Personen, zur Erbschaft kommen könnte.

Schliesslich hat die Wirkung, welche die rechtskräftig festgestellte Anfechtung des Erbanfalles äussert, die Eigentümlichkeit, dass sie nicht, wie bei der Anfechtung der Ehe und der Ehelichkeit, eine rein negative ist. Vielmehr hat sie auch die positive Bedeutung, dass sie jemand zum Erben macht, der es noch nicht war. Diese Folge ist aber eine mittelbare. Sie ist die blosse Reflexerscheinung aus dem Wegfall des Erbunwürdigen und erklärt sich daraus, dass die Erbschaft eben in jedem Fall irgend einer Person anfallen muss. Dabei ist zu beachten, dass derjenige, dem die Anfechtung zu gute kommt, keineswegs der Kläger zu sein braucht. Es ist also das immerhin ungewöhnliche Ergebnis denkbar, dass die Klageanfechtung der einen Person — nämlich des entfernteren Erbanwärters — einem anderen, am Prozesse gar nicht beteiligten Dritten — nämlich dem näher Berufenen —, die folgenschwere Stellung eines Erben verschaffen kann.

d) Zweifelhafter erscheint, ob noch der Fall der §§ 271 ff. HGB. hierher gerechnet werden darf.

Nach dieser Bestimmung kann bei der Aktiengesellschaft ein Beschluss der Generalversammlung, der dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrage nicht entspricht, auf Klage gewisser Interessenten „für nichtig erklärt“ werden[91]. Welche Bedeutung haben hier Klage und Urteil?

Sicher ist zunächst, dass wir es mit einem reinen Feststellungsurteil hier nicht zu thun haben. Denn bis zur Rechtskraft der Entscheidung kann die Mangelhaftigkeit des Beschlusses von niemand, weder von den Mitgliedern des Aktienvereines noch von dritten Personen, geltend gemacht werden.

Ebensowenig aber dürfte ein reines Konstitutivurteil anzunehmen sein, da der Beschluss nicht erst durch die richterliche Entscheidung zu einem an sich unverbindlichen gemacht wird.

91) Entsprechendes gilt bei den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nach § 51 Gesetz vom 1. Mai 1889 (neue Fassung).

Dies gilt jedenfalls dann, „wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint". Denn hier kann er nach § 144 Abs. 2 FGG., wenn er in das Handelsregister eingetragen ist, von Amtswegen zur Löschung gebracht werden. Er ist also jedenfalls unter den angegebenen Voraussetzungen als unwirksam zu betrachten. Das Gleiche wird aber auch dann anzunehmen sein, wenn er Massregeln trifft, die der begrifflichen Natur des Aktienvereines oder den im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschriften zuwiderläuft[92]).

In diesen qualifizierten Fällen ist die Ungültigkeit selbst eine ursprüngliche, von dem Willen der Gesellschaftsmitglieder an und für sich unabhängige. Im übrigen dagegen ist sie nicht unmittelbar an den ausserprozessualen Thatbestand geknüpft, sondern von der Willenserklärung gewisser Interessenten abhängig gemacht. D. h. sie tritt nur dann ein, wenn der Beschluss von einer kraft Gesetzes hierzu legitimierten Person angefochten wird, und zwar im Weg der Klage.

Überall aber kann die Unwirksamkeit, mag sie von vorneherein oder erst infolge des Angriffs eines Interessenten entstanden sein, erst geltend gemacht werden, nachdem sie durch den Richterspruch rechtskräftig konstatiert ist. Wir haben es also auch hier mit der Erscheinung des auslösenden Urteils zu thun. Der Unterschied der vorhin erwähnten qualifizierten Fälle von den übrigen liegt lediglich darin, dass bei jenen die Unwirksamkeit schon vermöge des ausserprozessualen Vorgangs eingetreten war, während sie bei diesen erst durch den besonderen Anfechtungsakt der Klage begründet wird[93]).

92) Oder in Sonderrechte eines einzelnen Mitgliedes oder gar in die Rechte eingreift, die ein Aktionär als Dritter hat, z. B. auf Grund eines Vertrages mit den Verein. Vergl. Staub § 273 Anm. 15 ff. Die zuletzt erwähnten Fälle sind nur insofern eigentümlich gelagert, als bei ihnen die Ungültigkeit nicht bloss von vorneherein besteht, sondern auch von dem betreffenden Aktionär jederzeit ohne weitere Voraussetzung geltend gemacht werden kann.

93) Insofern ist der Ausdruck des § 271 Abs. 1 HGB., nach welchem der Beschluss „im Weg der Klage angefochten werden kann", nicht in einheitlicher Bedeutung verwendet. Das eine Mal — nämlich in den qualifizierten Fällen — bezeichnet er den rein prozessualen Antrag auf Konstatierung der ursprünglichen Unwirksamkeit — von einer Anfechtung im technischen Sinne ist dabei keine Rede —, das zweite Mal eine Klage, die sowohl den civilrechtlichen Anfechtungsakt als auch zugleich den Antrag auf Feststellung der dadurch herbeigeführten Unwirksamkeit in sich schliesst.

Die hier behandelten Auslösungsurteile haben freilich gewisse Besonderheiten, die sich namentlich aus ihrem Gegenstand erklären. Sie beziehen sich nämlich nicht auf ein Rechtsverhältnis, ebensowenig auf einen Komplex von solchen, sondern auf eine für die Verhältnisse des Aktienvereines massgebende Willensentschliessung seines Hauptorgans. Ihre nächste Wirkung kann daher ebenso mannigfaltig sein, wie der mögliche Inhalt eines Generalversammlungsbeschlusses überhaupt. Sie ist z. B. verschieden, je nachdem es sich um Statutenänderung, Rechtsgeschäft, Bestellung oder Absetzung von Organen u. s. w. handelt.

Weiter muss, da der Beschluss selbst normalerweise für sämtliche Mitglieder bindende Kraft besitzt, ebenso auch die richterliche Entscheidung, welche die Geltendmachung seiner Unwirksamkeit ermöglicht, ihrerseits für und gegen alle Aktionäre massgebend sein, selbst soweit sie am Prozess nicht teilgenommen haben. Damit hängt zusammen, dass die auf Erlass des Auslösungsurteils gerichtete Klage nicht nur in den qualifizierten, sondern auch in den gewöhnlichen Fällen, nicht, wie bei sonstigen Anfechtungsklagen, im bloss egoistischen Interesse der zu ihrer Erhebung legitimierten Personen gegeben ist. Vielmehr macht hier wie dort die Klage, abgesehen von dem vielleicht vorhandenen rein persönlichen, zugleich das allgemeine Interesse geltend, welches die Aktiengesellschaft im ganzen an der Befolgung von Gesetz und Statut hat. Der Kläger handelt also in dieser speziellen Beziehung gewissermassen als besonderes Organ des Vereines[94]).

## § 5. Das festsetzende Urteil.

I. Von den bisher besprochenen Arten ist eine weitere Kategorie von Erkenntnissen zu unterscheiden. Das objektive Recht kann nämlich das Mass einer Leistung, statt dasselbe von vorneherein durch ausserprozessuale Umstände zu bestimmen, der Festsetzung durch den Richter überlassen.

Die Aufgabe des Urteils ist dann eine ganz eigentümliche. Sie besteht in einer Ergänzung des ausserprozessualen Thatbestandes. Dieser hat zwar eine Leistungspflicht bereits ins Leben

---

94) Die Litteratur nimmt überwiegend konstitutives Urteil an. So Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 463; Lehrb. S. 239; Stein in Birkmeyers Encykl. S. 1173; Gaupp-Stein, Kommentar I S. 514; Seuffert S. 348; Langheineken S. 251 f. Staub zu § 273 HGB. Anm. 12.

gerufen, aber doch nur in der Art, dass ihr Umfang überhaupt nicht oder doch nicht mit verbindlicher Kraft für die Beteiligten geregelt ist. Die Funktion der richterlichen Entscheidung aber geht dahin, nunmehr auch das Mass der Verpflichtung zu bestimmen und hiermit das Rechtsverhältnis auch nach der Seite seines Inhaltes zu vervollständigen.

Das Urteil begründet also nicht eine Verbindlichkeit, sondern es bestimmt den Umfang einer bereits bestehenden Verpflichtung. Es hat insofern, was die vom Richter vorzunehmende Thätigkeit betrifft, die gleiche Bedeutung, wie etwa die von den Parteien vorbehaltene Festsetzung des Leistungsmasses durch eine von ihnen oder durch eine dritte Person [95]). Es unterscheidet sich aber von dieser Parteifestsetzung, abgesehen von anderen Punkten, namentlich in zwei Beziehungen. Einmal beruht die bindende Kraft des Richterspruchs nicht auf dem Willen der beteiligten Privaten, sondern auf demjenigen des Gesetzgebers. Und sodann hat das Urteil als massgebender Akt der streitigen Gerichtsbarkeit eine autoritative Bedeutung, die der Festsetzung durch Private naturgemäss nicht zukommen kann.

Der Inhalt der Entscheidung ist aber hier wie dort der gleiche, nämlich Bestimmung des noch nicht feststehenden Umfangs einer Verbindlichkeit [96]). Deshalb spricht man in unserem Fall am

---

95) Sie hat sozusagen eine mehr schiedsrichterliche Funktion.

96) In unserem positiven Recht kommt die geschilderte Entscheidungsart hauptsächlich mit Bezug auf Leistungspflichten vor. Von ihnen wird deshalb im folgenden allein gehandelt. Sie ist aber an und für sich auch bei anderen Verhältnissen denkbar. Insbesondere könnte sie im gemeinen Rechte bei dem (sog. adjudikatorischen) Teilungsurteil angenommen werden aus dem Grunde, weil es hier Aufgabe des Richters war, nach seinem pflichtmässigen Erachten zu bestimmen, ob und in welchem Umfange die Beteiligten an der gemeinschaftlichen Sache einen Naturalanteil bekommen sollten. Richtiger wird es aber sein, reines Konstitutivurteil anzunehmen. — Nach geltendem Rechte würden, wenn man sich nicht eher für reines Deklarativurteil entscheiden will, entsprechende Fälle in den §§ 917, 920 BGB. zu finden sein. Nach der ersteren Bestimmung wird „die Richtung eines Notwegs und der Umfang des Benutzungsrechtes erforderlichen Falls durch Urteil bestimmt". Nach der letzteren ist bei Grenzstreitigkeiten in Ermangelung anderer Anhaltspunkte „die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände der Billigkeit entspricht". Hier wie dort dürften gewichtige Gründe für die Auffassung sprechen, dass der Richter es ist, der den genaueren Inhalt der streitigen Rechtsbeziehungen durch seine Entscheidung näher bestimmt. Ein Anspruch auf den Notweg bezw. auf den Teil der streitigen Fläche besteht von vorneherein kraft Gesetzes. Der Umfang des Anspruchs soll aber erst durch den Richter fixiert werden. Nimmt man dies an, so wären Fälle

besten von festsetzenden — bestimmenden, konkretisierenden — Urteilen.

Die begriffliche Natur dieser Entscheidungen ist nun keineswegs unbestritten. Zum Teil werden dieselben den deklarativen, zum Teil den konstitutiven Urteilen zugerechnet. Als eine besondere Kategorie dagegen werden sie nirgends betrachtet. Dass sie aber in Wirklichkeit eine solche bilden, ist im folgenden des Näheren auszuführen.

II. Zunächst sind die festsetzenden Urteile von den konstitutiven wohl zu unterscheiden.

Sie haben nicht, wie diese, rechtsgestaltende Bedeutung. Denn weder begründen sie, noch beendigen sie Rechtsverhältnisse oder sonstige rechtserhebliche Beziehungen. Insbesondere verändern sie auch nicht die bisher gegebene konkrete Rechtslage. Vielmehr treffen sie eine Ergänzung des ausserprozessualen Vorgangs, indem sie das demselben fehlende Moment enthalten, nämlich wirksame Festsetzung der Leistungshöhe.

Das konstitutive Erkenntnis ist, vom Standpunkte des materiellen Rechtes aus betrachtet, der entscheidende, für sich allein wirksame Thatbestand. Das festsetzende Urteil dagegen ist eine unselbständige Thatsache, d. h. eine solche, die zu einer ausserprozessualen hinzutreten muss, um mit dieser zusammen eine bestimmte Rechtswirkung hervorzurufen. Jenes stellt sich in Gegensatz zu der bisher gegebenen Rechtslage, indem es dieselbe, sei es ganz, sei es doch in einzelnen Beziehungen, verändert. Dieses dagegen vervollständigt den bereits gegebenen Rechtszustand, indem es ihn rücksichtlich seines Umfanges ergänzt.

Dieser begriffliche Gegensatz tritt auch in den seltenen Fällen hervor, in denen die konstitutive Entscheidung einen positiven Inhalt hat. Durch diese wird nämlich ein Rechtsverhältnis erst begründet. Bei den festsetzenden Urteilen dagegen ist ein solches bereits ausserhalb des Prozesses entstanden, und das Urteil giebt ihm nur den genaueren Inhalt. Während also durch den Richterspruch in dem einen Fall eine bestimmte Rechtsbeziehung geschaffen wird, wird sie hier bloss näher ausgebaut. Während dort nur ein einziges Thatbestandsmoment, nämlich das Urteil, in Frage kommt, wirken hier zwei Dinge zusammen: die ausserprozessuale

---

des festsetzenden Urteils im technischen Sinne gegeben. Dagegen wird von Hellwig, Lehrb. S. 238, 1a konstitutives Urteil, von den Motiven III S. 292 und S. 273 deklarative Entscheidung angenommen.

Thatsache, welche die Schuld begründet, so z. B. der Vertrag, und das Urteil, welches ihre Höhe festsetzt.

Will man einen privatrechtlichen Vergleich heranziehen, so gleicht das festsetzende Urteil, wie schon erwähnt, der Leistungsbestimmung durch eine Partei oder einen Dritten, während das konstitutive Urteil einem Rechtsgeschäft entspricht, welches das Schuldverhältnis vollständig, d. h. sowohl seiner Existenz als auch seinem Umfange nach, begründet.

Die bloss ergänzende Bedeutung des festsetzenden Erkenntnisses zeigt sich denn auch in mehrfacher Beziehung. Zunächst sind die Parteien, welche die betreffende Leistungspflicht begründet haben, jederzeit — und zwar auch noch nachträglich — in der Lage, den Umfang derselben durch eigene Entschliessung zu regeln, und hierdurch die Beteiligung des Gerichtes überflüssig zu machen. Sodann ist die privatrechtliche Wirkung des Urteils davon abhängig, dass der ausserprozessuale Thatbestand selbst ein Rechtsverhältnis begründet hat, das als solches noch weiter fortdauert. Die Entscheidung wird also gegenstandslos, wenn z. B. der Vertrag, welcher eine Leistungspflicht vorbehaltlich anderweitiger Bestimmung ihrer Höhe ins Leben rief, von vorneherein nichtig war oder mit Erfolg angefochten wird.

Gleiches gilt, wenn das Rechtsverhältnis durch beiderseitige Vereinbarung oder durch zulässige einseitige Willenserklärung — Rücktritt, Kündigung u. s. w. — nachträglich aufgehoben wird. Schliesslich ist es sogar denkbar, dass der Vertrag an und für sich gültig ist, dass aber gerade derjenige Bestandteil desselben, auf Grund dessen die Bestimmung der Leistung durch Urteil zu erfolgen hat, der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt. Man denke z. B. an folgenden Fall. Nachdem von vorneherein die Höhe der Leistung festgesetzt war, vereinbaren später die Parteien, dass dieselbe statt dessen durch eine dritte Person nach billigem Ermessen bestimmt werden soll. Ist nun diese nachträgliche Abmachung aus irgend einem Grund ungültig, so entfällt mit ihr die Möglichkeit richterlicher Festsetzung, und es bleibt die ursprünglich vereinbarte Schuldhöhe massgebend.

Der geschilderte rein ergänzende Charakter des Festsetzungsurteils bildet das hauptsächliche Merkmal für die Unterscheidung desselben von den konstitutiven Erkenntnissen. Abgesehen davon zeigt sich der Gegensatz auch in einer Reihe von einzelnen Punkten.

1. Das konstitutive Urteil hat, wie bereits früher ausgeführt, regelmässig negative Bedeutung. Es beseitigt eine bisher gegebene rechtliche Beziehung. Ein positiver Inhalt ist zwar begrifflich nicht ausgeschlossen, aber aus Gründen praktischer Gesetzgebungspolitik ausserordentlich selten (s. oben S. 53f.). Das festsetzende Urteil dagegen ist mit Begriffsnotwendigkeit auf etwas Positives gerichtet, nämlich Bestimmung des Masses einer geschuldeten Leistung.

2. Bei dem konstitutiven Erkenntnis ist dem Ermessen des Richters, wie oben dargelegt (s. oben S. 65f.), nicht immer freier Spielraum gelassen. Vielmehr sind die Voraussetzungen, unter denen die Entscheidung zu ergehen hat, nicht selten in genauer, jede richterliche Abwägung ausschliessender Weise festgelegt (so z. B. bei einzelnen Gründen des Ehebruchs). Dagegen liegt es in dem Wesen der festsetzenden Entscheidung von vorneherein begründet, dass dem Richter ein freier Spielraum gelassen wird. Denn sein pflichtmässiges Erachten ist es, welches erst den Umfang der Leistung festlegen soll.

3. Das konstitutive Urteil wirkt, weil es eine Änderung der bestehenden Rechtslage selbst erst herbeiführt, regelmässig ex nunc. Das Festsetzungsurteil dagegen, welches die schon ausserhalb des Prozesses begründete Leistungspflicht lediglich mit Bezug auf ihren Umfang ergänzen soll, muss mit logischer Notwendigkeit rückwirkende Kraft besitzen. D. h. die Verbindlichkeit muss so behandelt werden, als ob sie von vorneherein in der durch den Richter fixierten Höhe bestanden hätte. Denn nach der Absicht der Parteien ist von Anfang an eben das geschuldet, was nachträglich bestimmt wird. Der Richter giebt, indem er den Umfang der Leistung festsetzt, der Verbindlichkeit den Inhalt, der ihr nach der Abmachung der Beteiligten und nach dem Willen des Gesetzgebers schon von dem Zeitpunkt ihrer Begründung ab gebührt.

Das Verhältnis hat eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Falle der Gattungsschuld[97]. Wie dort die Leistung erst noch konkretisiert werden muss, aber, sobald sie bestimmt ist, als von vorneherein geschuldet behandelt wird (§ 243 Abs. 2 BGB.), so muss auch in unserem Falle die Verbindlichkeit, um der Erfüllung fähig zu sein, vorerst noch durch Richterspruch in Ansehung ihrer Höhe genauer bestimmt werden. Ist das aber einmal geschehen, so gilt

97) Nur dass dort nicht das Mass der Schuld, sondern die Individualität des Leistungsobjektes unbestimmt ist.

die festgelegte Höhe als von jeher massgebend. Dieser Gesichtspunkt kann für die Bemessung eventueller Zinsen, für eine etwaige Aufrechnung, für die Behandlung von Bürgen und Mitschuldnern u. s. w. von erheblicher praktischer Bedeutung werden.

4. Wenn nun auch nach dem Gesagten zwischen konstitutiver und festsetzender Funktion ein begrifflicher Unterschied besteht, so sind beide doch keineswegs mit einander in der Weise unvereinbar, dass sie nicht in einer und derselben Entscheidung zusammentreffen könnten. Dies zeigen die Fälle, in denen eine von den Parteien bestimmte Leistung zwar durch Urteil herabgesetzt werden kann, aber bis zum Erlass desselben mit verbindlicher Kraft für die Beteiligten gilt. Hier hat nämlich das Urteil eine doppelte Bedeutung. Soweit es die getroffene unbillige Bestimmung beseitigt, hat es konstitutiven Charakter. Soweit es aber an die Stelle der bisherigen eine neue Leistung treten lässt, gehört es zu den festsetzenden Entscheidungen. Dies wird unter V 2 S. 138f. genauer auszuführen sein.

III. Mit dem *auslösenden Urteil* deckt sich die festsetzende Entscheidung darin, dass sie, wie jenes, den ausserprozessualen Thatbestand in einer bestimmten Beziehung ergänzt. *Die Art dieser Ergänzung* ist aber in beiden Fällen eine durchaus verschiedene.

Bei dem auslösenden Erkenntnis tritt eine gewisse Wirkung — z. B. Nichtigkeit der Ehe, Verlust der Erbenqualität, Beseitigung der Stellung eines ehelichen Kindes u. s. w. — schon unabhängig von dem Urteil in fertiger Abgeschlossenheit ein. Und der Richterspruch hat lediglich die Bedeutung, dass er die Geltendmachung jener Wirkung den Interessenten ermöglicht (s. oben § 4 S. 85f.).

Bei der festsetzenden Entscheidung dagegen tritt eine Teilung des Gesamtthatbestandes derart ein, dass ein Stück desselben ausserhalb des Prozesses, das andere dagegen mit dem Urteil verwirklicht wird. Hier wird also nicht bloss die unbeschränkte Berufung auf eine fertige Rechtsbeziehung ermöglicht, sondern es wird die ausserprozessuale Beziehung selbst erst vervollständigt. Während in dem einem Falle, nämlich bei dem Auslösungsurteil, nur die Konsequenz aus einem gegebenen Rechtsverhältnis gezogen wird, wird hier das Verhältnis selbst genauer ausgebildet und fertig gestellt. Dort erfährt die Rechtslage eine Ergänzung nur mit Bezug auf ihre *Geltendmachung*, hier dagegen mit Bezug auf ihren *Inhalt*.

Ein Beispiel wird genügen, den Gegensatz zu veranschau-

lichen. Bei der Ehenichtigkeitsklage sind, wie bereits früher dargelegt, die Verhältnisse so gelagert, dass die Ehe von vorneherein nichtig ist, dass aber diese Nichtigkeit erst nach rechtskräftiger Feststellung von jedermann geltend gemacht werden kann. Das Urteil ermöglicht also nur die Berufung auf den schon ausserhalb des Prozesses verwirklichten Thatbestand. Anders verhält es sich, wenn z. B. an die Stelle der durch einen Dritten bestimmten eine billigere Leistung durch den Richter festgesetzt werden soll. Hier ist vor dem Urteil nur ein unvollständiges Rechtsverhältnis gegeben, insofern als lediglich die Existenz, nicht auch die Höhe der Leistungspflicht festgelegt ist. Und es ist gerade die Aufgabe der richterlichen Entscheidung, das fehlende Stück des Gesamtverhältnisses zu schaffen, nämlich den bisher unbestimmten Umfang der Verbindlichkeit festzusetzen[98]).

IV. Schwieriger ist die Unterscheidung der festsetzenden von den rein deklarativen Urteilen. Von den letzteren sollen im folgenden nur solche betrachtet werden, die nicht ein Rechtsverhältnis oder eine Thatsache, sondern eine Leistungspflicht konstatieren, sei es bloss als eine bestehende, wie beim Feststellungsurteil im engeren Sinne, oder auch als eine zu erfüllende, wie beim Leistungsurteil. Denn gerade bei diesen Erkenntnissen kann die Abgrenzung gegenüber den konstatierenden Urteilen besonders leicht zu Zweifeln Anlass geben.

1. Der Gegensatz dürfte sich aus folgenden Gesichtspunkten ergeben.

a) Bei den deklarativen Entscheidungen ist eine bestimmte Rechtsfolge, spezieller eine Leistungspflicht, schon ausserhalb des Prozesses vollständig verwirklicht. D. h. die Verbindlichkeit ist nicht bloss ihrer Existenz, sondern auch ihrem Umfange nach gänzlich bestimmt.

Bei den festsetzenden Urteilen verhält es sich anders. Bei diesen ist nämlich die Schuld selbst zwar unabhängig von dem Rechtsstreit begründet. Aber sie besteht zunächst als eine bloss unvollständige in dem Sinn, dass ihre Höhe erst durch das Urteil bestimmt werden soll. Hier ist es also nicht der ausserprozessuale Thatbestand, sondern erst der Richterspruch, aus welchem der Umfang der Leistungspflicht zu entnehmen ist.

98) Schon dieser Vergleich zeigt, wie wenig es angeht, alle Entscheidungen, die nicht rein deklarativer Natur sind, unter die einheitliche Kategorie des konstitutiven Urteils zu bringen.

Bei den deklarativen Urteilen hat der Richter lediglich zu ermitteln und zu bestätigen, was vermöge der gegebenen Rechtslage von jeher geschuldet war. Bei den festsetzenden bestimmt er selbst erst, was zu leisten ist. Dort konstatiert er hinsichtlich der Höhe, was bereits gilt. Hier dagegen setzt er fest, was nunmehr gelten soll. Dort ermittelt er lediglich die unabhängig vom Prozesse gegebenen Rechnungsgrössen, und entnimmt aus ihnen auf Grund einer einfachen Vergleichung den ursprünglichen Umfang der Leistung. Hier liegt ihm nicht die blosse Aufsuchung des gegebenen Schuldmasses ob: denn ein solcher steht (objektiv) noch gar nicht fest. Sondern es soll die Bestimmung dieses Masses gerade erst durch den Richter erfolgen. Dort ist der Umfang der Verbindlichkeit ein gesetzlicher in dem Sinne, dass er durch das objektive Recht von vorneherein — wenigstens abstrakt — geregelt ist und an sich einer urteilsmässigen Bestätigung nicht mehr bedarf. Hier ist er ein gerichtlicher, d. h. er ist mit dem ausserprozessualen Vorgang noch nicht gegeben, sondern wird erst durch die prozessuale Entscheidung festgesetzt.

In dem einen Falle kann man von der Thätigkeit des Richters völlig absehen, ohne dass darum die Vollständigkeit des Rechtsverhältnisses irgendwie berührt würde. In dem anderen aber ist jene Thätigkeit unerlässlich, wenn die Leistungspflicht auch ihrer Höhe nach bestimmt sein soll. Dort wird das Gericht nur im äussersten Fall angerufen, nämlich dann, wenn über das objektiv feststehende Leistungsmass subjektive Ungewissheit oder Streit besteht. Hier dagegen ist die Mitwirkung der Gerichtsorgane als notwendiger Faktor zur Festsetzung der objektiv noch nicht bestimmten Leistungshöhe von vorneherein vorgesehen. Die Mitarbeit des Gerichtes ist eine bestimmungsmässige und im Verhältnis zum ausserprozessualen Thatbestande koordinierte, nicht eine bloss zufällige und subordinierte.

b) Das deklarative Urteil hat, wie bereits früher dargelegt, rein prozessualen Charakter. Das festsetzende Urteil dagegen hat, wie mehrere der bereits behandelten Urteilstypen, einen doppelten Inhalt. Einerseits erscheint dasselbe, was seine Wirkungen betrifft, als ein civilrechtlicher Thatbestand, insofern als es, ähnlich wie die Bestimmung eines privaten Dritten, den Umfang einer Verbindlichkeit erst festsetzt. Und andererseits hat es auch prozessuale Bedeutung, indem es diese Bestimmung mit der

weitergehenden Wirkung der materiellen Rechtskraft, d. h. in einer für die Beteiligten bindenden Weise, trifft.

c) Das eben Gesagte führt uns zu einem beachtenswerten weiteren Gesichtspunkt. Es ist, wenigstens auf der gegenwärtigen Stufe der Rechtsentwickelung, das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in der Weise gestaltet, dass dieser die Rechtsbeziehung von vorneherein genau normiert, und dass jener lediglich ihr Vorhandensein oder Nichtvorhandensein zu konstatieren braucht. Diese Regelung ist die natürliche und selbstverständliche. Deshalb braucht die Zulässigkeit des deklarativen Urteils nicht bei jedem einzelnen Anspruch und Rechtsverhältnis ausdrücklich anerkannt zu werden (s. darüber oben S. 55f). Sie ist gegeben, wenn sie nicht durch Sondervorschrift ausgeschlossen wird.

Dagegen ist es eine ungewöhnliche Erscheinung, wenn der ausserprozessuale Thatbestand noch unfertig ist, d. h. nicht bloss einer einfachen Bestätigung, sondern erst noch einer Festsetzung durch den Richter bedarf. Eine solche Gestaltung muss deshalb durch das Gesetz in jedem Einzelfalle besonders für statthaft erklärt sein. D. h. sie ist ausgeschlossen, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen wird.

Daraus folgt eine wichtige Auslegungsregel. Zu den festsetzenden Urteilen gehören nur diejenigen, bei denen eine spezielle Rechtsvorschrift die Bestimmung durch den Richter vorsieht. D. h. der Wortlaut des Gesetzes muss erkennen lassen, dass in dem betreffenden Einzelfalle der Richter es ist, der durch sein Urteil das Mass einer Verbindlichkeit erst bestimmen soll.

In der That tritt uns denn diese Eigentümlichkeit bei allen hierher gehörigen Entscheidungen entgegen. Das Gesetz spricht nämlich hier entweder davon, dass „die Bestimmung durch das Urteil getroffen wird" (§§ 315, 319, 660, 2048, 2156, 2192 BGB.) oder dass sie durch den Richter bezw. dessen Entscheidung „herabgesetzt" wird (§§ 343, 655 BGB.; 741 HGB.; 93 GO.f.RA.; 4 Abzahlungsges. vom 16. Mai 1894). Umgekehrt wird in zweifelhaften Fällen der Mangeldieser oder ähnlicher Wendungen einen Anhaltspunkt dafür abgeben, dass wir es nicht mit festsetzenden, sondern mit rein deklarativen Urteilen zu thun haben.

d) Aus den bisherigen Erörterungen dürfte sich ergeben, dass zwischen feststellenden und festsetzenden Urteilen ein begrifflicher Unterschied besteht. Indessen ist das praktische Ergebnis in beiden Fällen nicht sehr verschieden. Ob nun aber für

ein einzelnes Rechtsverhältnis die eine oder andere Form zu wählen sei, das entscheidet der Gesetzgeber nicht nach theoretischen Grundsätzen, sondern nach praktischen Erwägungen. Die Gründe, durch die er sich hierbei leiten lässt, können sehr verschiedenartige sein.

Regelmässig wird für die Einführung des Festsetzungsurteils der Gesichtspunkt massgebend sein, dass sich eine einzelne Leistungspflicht vielfach nicht von vorneherein bestimmt umgrenzen lässt, sondern von Umständen abhängig ist, deren genaue Abwägung der Beurteilung des Einzelfalles überlassen sein muss. Hier trägt es naturgemäss zur Vermeidung von Zweifel und Streit erheblich bei, wenn die Parteien, statt sich auf eigene subjektive Schätzung verlassen zu können, unmittelbar an den Richter gewiesen werden. Die vorgeschriebene Mitwirkung des letzteren gewährleistet insofern eine weit grössere Sicherheit der Rechtslage.

Immerhin wird sich der Gesetzgeber in der Zulassung von Festsetzungsurteilen grosse Zurückhaltung auferlegen müssen. Und auch, wo er sie für statthaft erklärt, giebt er ihnen regelmässig bloss subsidiäre Bedeutung. D. h. in erster Linie knüpft er die Festsetzung der Leistung an einen ausserprozessualen Thatbestand, insbesondere an die Bestimmung der Parteien oder dritter Personen. Und nur, wenn diese Bestimmung nicht zu stande kommt, oder doch wenigstens nicht zu einem angemessenen Ergebnis führt, lässt er die richterliche Festsetzung eintreten. Letztere greift gewissermassen nur im Notfalle Platz. Und indem sie die unterbliebene Bestimmung trifft, oder die unrichtige durch eine zutreffende ersetzt, zeigt sie zugleich ergänzende und verbessernde Bedeutung[99]).

---

99) Die Rechtsordnung kennt zahlreiche Institute, welche die Wirkungen eines mangelhaften Thatbestandes zu beseitigen oder zu verbessern bestimmt sind. Im weiteren Sinne war hierher schon das konstitutive Urteil zu rechnen (s. oben S. 51). Ferner gehört auch das hier behandelte Festsetzungsurteil in diesen Zusammenhang. Die Besonderheit beider Fälle liegt darin, dass die Korrektur dem richterlichen Urteil übertragen ist, und nicht, wie in anderen Fällen, einer Willenserklärung des Interessenten. Darauf beruht der Gegensatz zu den privatrechtlichen Instituten der Kündigung, des Rücktritts, der Wandelung, der Minderung, vor allem aber zu der Anfechtung. Mit dem letzteren Mittel hat die Festsetzungsklage allerdings eine gewisse Ähnlichkeit in den Fällen, in denen eine übermässig hohe Leistung herabgesetzt werden soll. (Siehe unten V 2 S. 138 f.). Denn auch hier wird mit dem Willen der geschädigten Partei, — wie er in der Klage zum Ausdruck kommt —, eine ihm ungünstige Rechtslage beseitigt. Wegen dieser Übereinstimmung der Zwecke wird denn auch in den angeführten Fällen der Begriff der Anfechtung vereinzelt in der Litteratur gebraucht. (Vergl. die

2. Was bisher von der deklarativen Entscheidung im allgemeinen ausgeführt wurde, gilt auch für das Leistungsurteil als Sonderfall derselben. Die Abgrenzung des letztgenannten von dem festsetzenden Erkenntnis bietet besonderes Interesse.

a) Zunächst muss beachtet werden, dass die Funktionen der Festsetzung und Verurteilung zwar ihrem Wesen nach verschieden sind, aber doch sehr wohl faktisch in einem Urteil vereinigt werden können. Ja, dies wird sogar regelmässig der Fall sein. Der Gläubiger, dem durch die vorbehaltene Bestimmung des Schuldners oder eines Dritten eine nach seiner Meinung ungenügende Leistung zuerkannt ist, wird seine Klage auf Festsetzung des angemessenen Umfangs und auf Verurteilung des Schuldners in dieser Höhe richten. Und umgekehrt kann der Schuldner, wenn er auf eine nach seiner Ansicht übermässig hohe Leistung belangt wird, in den gesetzlich vorgesehenen Fällen gegenüber der Klage seinerseits den Antrag auf Herabsetzung des Schuldbetrages oder auf Bestimmung des angemessenen Umfangs desselben stellen[100]).

---

Kommentare zu den §§ 319, 660, 2048 BGB.) Ja, er ist sogar von dem Gesetze selbst verwendet im Falle des § 741 HGB.: „Wird noch während der Gefahr ein Vertrag über die Höhe des Berge- oder Hilfslohnes abgeschlossen, so kann der Vertrag wegen erheblichen Übermasses der zugesicherten Vergütung angefochten und die Herabsetzung der letzteren auf das den Umständen entsprechende Mass verlangt werden.“ Wir müssen uns aber vergegenwärtigen, dass von einer Anfechtung im technischen Sinne keine Rede sein kann. Denn, genau besehen, ist es nicht die Willenserklärung des Privaten, insbesondere auch nicht die Klage desselben, welche den Schuldbetrag mindert, sondern erst das richterliche Festsetzungsurteil. Dasselbe nähert sich also, wenn man einen Vergleich anstellen will, nicht so sehr der privatrechtlichen Anfechtung als etwa dem gemeinrechtlichen Gebilde der in integrum restitutio.

100) Er kann zu diesem Behufe eine förmliche Widerklage erheben. Muss er diesen Weg wählen oder kann er sich auf einen einfachen Antrag beschränken? Letzteres wird angenommen werden dürfen. Das Gesetz spricht in unserem Falle, wo es überhaupt die Willenserklärung des Schuldners erwähnt, von einem „Antrag“ desselben (§§ 343, 655 BGB.), oder davon, dass er Herabsetzung „verlangen“ könne (§ 741 HGB.). Dass Antrag oder Verlangen in die Form der Widerklage zu kleiden seien, ist nirgends ausdrücklich vorgeschrieben, erscheint auch durch die Natur der Sache nicht geboten. Denn der Zweck des Gesetzes ist lediglich, die urteilsmässige Mitwirkung des Richters an der Bestimmung des Leistungsumfangs zu sichern. Dieser Zweck kann aber auch ohne Klage erreicht werden, wenn nämlich zur Auslösung der richterlichen Thätigkeit ein blosser Antrag führen kann. Und das ist gerade bei Gelegenheit und im Rahmen eines schwebenden Rechtsstreites der Fall. — Freilich ist der einfache An-

In beiden Fällen tritt die Entscheidung als eine äusserlich einheitliche auf, die sich ihrer Form nach von anderen auf Leistung gerichteten Erkenntnissen in nichts unterscheidet, sondern den Schuldner zu einer bestimmten Leistung verurteilt. Dieser Umstand erklärt es auch, dass sie in ihrer begrifflichen Eigenart vielfach nicht erkannt wird.

In Wirklichkeit haben wir es aber hier nicht mit einem einfachen, sondern mit einem zusammengesetzten Urteile zu thun, d. h. mit einem solchen, welches eine doppelte Aufgabe erfüllt. Einerseits nämlich hat es festsetzenden Inhalt, indem es das Mass der Verbindlichkeit erst bestimmt, und andererseits enthält es die Verurteilung des Beklagten zu dieser nunmehr fixierten Leistung. Es liegt mithin eine Kombinierung zweier an sich verschiedener Urteilsfunktionen in einem und demselben Erkenntnis vor. Ihre Vereinigung in einem solchen ist aber keine notwendige, sondern eine rein zufällige. Und sie ändert nichts an der begrifflichen Verschiedenheit der beiden gleichzeitig zu erfüllenden richterlichen Aufgaben.

Der Unterschied der letzteren ist bereits dargelegt. Er tritt aber gerade hier besonders scharf hervor. Soweit nämlich Festsetzung beantragt ist, wendet sich die Partei an das Gericht. Soweit Verurteilung erfolgen soll, wird zugleich von dem Beklagten etwas verlangt. In der ersteren Richtung soll das Schuldverhältnis vervollständigt, in der letzteren soll seine Erfüllung herbeigeführt werden. Dort hat das Urteil lediglich die Bedeutung eines Mittels zur Bestimmung der Leistung. Hier ist es ein Vollstreckungstitel. Dort entscheidet der Richter, der den Umfang der Verbindlichkeit festsetzen soll, nach freiem Ermessen, während er hinsichtlich der Verurteilung an die nun fixierte Höhe gebunden ist und daraus lediglich die Konsequenzen zieht.

Und aus alle dem folgt weiter, dass die Festsetzung des Leistungsumfangs im Verhältnis zur Kondemnation eine, wenn

---

trag hinsichtlich seiner Wirkungen schwächer als die Widerklage. Jener führt nämlich nur dann zum gewünschten Ziel, wenn die Klage selbst bis zum Urteil gedeiht. Dagegen ist der Widerklageantrag, wenn überhaupt in zulässiger Weise gestellt, hinsichtlich des Erfolges unabhängig davon, ob aus irgendwelchen Gründen die Hauptklage gegenstandslos wird. Die Frage ist, soweit sie überhaupt berührt wird, in der Litteratur bestritten. Für die Zulässigkeit des einfachen Antrages Oertmann § 343, 3, während Schollmeyer (§ 343, 2) förmliche Widerklage verlangt.

auch unerlässliche, so doch ihrem Wesen nach mehr präparatorische Massregel bildet. Sie ist, logisch betrachtet, das prius, d. h. die notwendige Voraussetzung, ohne welche die Verurteilung, in Ermangelung feststehenden Leistungsmasses, nicht erfolgen könnte.

Mit Rücksicht darauf könnte man die Frage aufwerfen, ob überhaupt die Verbindung beider Funktionen in einem einheitlichen Urteil zulässig ist. Dieselbe führt nämlich zu dem eigentümlichen Ergebnis, dass der Richterspruch zum Teil die eigenen Folgen antizipiert. Er verurteilt nämlich zu einer Leistung, deren Mass er selbständig zu bestimmen hat. Es soll, mit anderen Worten, in demselben Urteil, dessen Rechtskraft erfordert ist, damit die zu bewirkende Leistung ihrem Umfange nach überhaupt festgesetzt sei, trotzdem schon sogleich die Kondemnation zu dieser Leistung ausgesprochen werden.

Dieses Bedenken kann aber als durchschlagend nicht anerkannt werden. Es würde nämlich, was zunächst die praktische Seite betrifft, zu einer unerwünschten Häufung von Prozessen führen, wollte man zwei getrennte Urteile für erforderlich erklären, das eine auf Festsetzung, das andere auf Verurteilung gerichtet. Überdies wird der Partei durch die Notwendigkeit, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel sogleich auf beide Punkte zu richten, nichts Ungebührliches zugemutet. Auch im Falle der reinen Verurteilungsklage ist ja der Betrag der Schuldsumme, wenigstens subjektiv, vielfach ungewiss und der Ermittelung durch den Richter anheimgegeben.

Zudem ist die Zusammenziehung in eine einzige Entscheidung auch aus dem Gesichtspunkte der Rechtslogik unbedenklich, da die Verurteilung erst mit dem Moment der Rechtskraft bedeutsam wird, also jedenfalls nicht vor dem Zeitpunkt, in welchem nun auch die Leistung festgesetzt ist. Und schliesslich sind dergleichen Kombinationen auch sonst dem Prozessrechte nicht unbekannt. So kann z. B. mit der Wandelungsklage unmittelbar der Antrag auf Befriedigung der aus vollzogener Wandlung sich ergebenden Verbindlichkeiten verknüpft werden; desgleichen mit der Klage auf Erbunwürdigkeit diejenige auf Herausgabe der Erbschaft, oder mit dem Kondemnationsantrag auf Abgabe einer Willenserklärung derjenige auf Erfüllung der durch sie bedingten weiteren Verpflichtungen[101]).

---

101) Auf diese interessanten Erscheinungen hat namentlich Hellwig aufmerksam gemacht, so z. B. Anspr. und Klagr. S. 383 Anm. 5.

b) Wie sehr die beiden geschilderten Aufgaben des Richters voneinander zu unterscheiden sind, zeigt auch der Umstand, dass sie nicht zugleich erfüllt werden müssen. Vielmehr kann die Klage auf Bestimmung des Leistungsinhaltes erhoben werden, ohne zugleich auf Verurteilung gerichtet zu sein.

So kann der Gläubiger, der mit dem ihm von dem Gegner oder von einem Dritten zuerkannten Anspruch nicht zufrieden ist, statt auf Erfüllung nur auf richterliche Festsetzung des Leistungsumfangs klagen. Regelmässig aber wird eine derartige eigentliche Festsetzungsklage von dem Schuldner ausgehen, der nach dem Vertrag oder nach der Bestimmung eines Beteiligten oder eines Dritten eine übermässig hohe Leistung zu erbringen hätte. Dieser kann naturgemäss überhaupt nicht auf Erfüllung, sondern nur auf Herabsetzung seiner Schuld und Bestimmung eines billigeren Betrages klagen. Und es tritt dann hier der Typus des Festsetzungsurteils in seiner vollen Reinheit auf.

Unter welchen Voraussetzungen kann nun eine solche einfache Klage erhoben werden? Das Gesetz enthält in dieser Richtung keine besondere Bestimmung. Insbesondere stellt es, anders als bei der reinen Feststellungsklage, das Erfordernis des rechtlichen Interesses nicht auf. Trotzdem gilt dasselbe, wie überhaupt, so auch namentlich für die hier behandelten Fälle. D. h. der Kläger — Gläubiger oder Schuldner — muss, wenn er mit seiner Klage durchdringen will, ein rechtliches Interesse an der richterlichen Bestimmung des Leistungsumfangs nachweisen. Und zwar muss er, genauer ausgedrückt, gerade an dieser speziellen Urteilsform — im Gegensatze zu der kondemnatorischen — und gerade an der alsbaldigen Festsetzung rechtlich interessiert sein[102]).

Ob dieses Erfordernis erfüllt sei, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Für den Gläubiger, der regelmässig sogleich auf Erfüllung klagen kann, wird zu der selbständigen Bestimmungsklage meist keine Veranlassung bestehen. Doch ist eine solche in gewissen Fällen wohl denkbar, namentlich dann, wenn die Schuld wegen Nichteintritts der Fälligkeit noch nicht eingeklagt werden kann.

Dagegen wird der Schuldner, dem die Kondemnationsklage

102) Über das allgemeine Erfordernis des rechtlichen Interesses für die Klage s. oben S. 94 N. 72.

verschlossen bleibt, häufiger ein Interesse daran haben, die Festsetzung der ihm obliegenden Leistung durch besondere Klage selbst herbeizuführen. D. h. er wird in der Regel nicht abzuwarten brauchen, bis er verklagt wird, um dann im Rahmen des schwebenden Prozesses den Ermässigungsantrag zu stellen. Er braucht dies namentlich dann nicht, wenn ihm die unverhältnissmässig hohe Leistung unmittelbar durch Vertrag auferlegt war, so z. B. in den Fällen der §§ 343, 655 BGB., 741 HGB. u. s. w. (s. unten V. 2 S. 138 f.). Denn hier bleibt die rechtsgeschäftliche Festsetzung für ihn so lange verbindlich, als sie nicht durch das richterliche Urteil beseitigt ist. Er steht also bis dorthin unter der fortwährenden Drohung einer auf die unbillige Schuldhöhe gerichteten Erfüllungsklage, und hat schon an der Aufhebung dieser Gefahr in der Regel ein hinreichend begründetes Interesse.

3) Nach den bisherigen Ausführungen dürfte der allgemeine begriffliche Gegensatz zwischen festsetzenden und deklarativen Urteilen nicht zu bezweifeln sein. Dagegen kann im Einzelfall ihre praktische Unterscheidung zu erheblichen Schwierigkeiten führen.

In dieser Hinsicht muss man nun vor allem das Missverständnis vermeiden, als ob das Ermessen des Richters bei den Festsetzungsurteilen unbeschränkt, bei den deklarativen Erkenntnissen dagegen eng gebunden sei. Denn einerseits kann bei den erstgenannten Entscheidungen der urteilende Richter keineswegs nach freier Willkür schalten und walten. Vielmehr hat er auch dort nach billigem Ermessen zu entscheiden. Er muss also die Umstände des Einzelfalles, namentlich die Art und das Objekt des Rechtsgeschäftes, die Person der Kontrahenten, bei gegenseitigen Verträgen die Höhe der Gegenleistung, und noch manche andere Gesichtspunkte sorgfältig erwägen, um ihnen seine Bestimmung anzupassen. Hiermit ist ihm ein gewisser Rahmen vorgezeichnet, den er nicht überschreiten darf.

Und auf der anderen Seite giebt es Entscheidungen mit deklarativem Charakter, bei denen Art und Umfang der festzustellenden Verhältnisse sich nicht ohne weiteres aus dem gegebenen Thatbestand ermitteln lassen, in denen vielmehr der abwägenden Thätigkeit des Richters ein gewisser, manchmal recht weiter Spielraum bleiben muss. Dies gilt zunächst überall dort, wo sich Inhalt und Mass eines Rechtsverhältnisses nach der Billigkeit bestimmen soll. Nicht minder dann, wenn nach dem Willen des Gesetzgebers

auf „Treu und Glauben“ oder auf die „Umstände des Falles“ oder auf „die guten Sitten“ oder auf den „Zweck“ des Vertrages Rücksicht zu nehmen ist. Ferner gehören hierher alle Fälle, welche eine bestimmte Rechtsfolge von dem Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ abhängig machen. Man denke ferner an die Ermittelung einer angemessenen Aussteuer, an die Abschätzung eines zu leistenden Schmerzensgeldes oder eines sonstigen immateriellen Interesses, an die Abwägung des mitwirkenden Verschuldens eines Geschädigten u. s. w.

Von besonderer Wichtigkeit sind die Prozesse, in denen das Mass einer Leistung durch Rechnungsfaktoren bedingt ist, die in ihrer Existenz und wirtschaftlichen Bedeutung zweifelhaft sein können. Dies kann beispielsweise bei der Klage auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung zutreffen. Ob und inwieweit die letztere besteht, lässt sich nur durch eine Vergleichung des thatsächlich gegebenen Vermögensstandes mit demjenigen ermitteln, wie er ohne das bereichernde Ereignis bestehen würde. Und diese Vergleichung wird vielfach gar nicht möglich sein, ohne dass der Richter eine Reihe von Vermögensobjekten auf ihren Bestand untersucht und auf ihren Wert abschätzt.

In ähnlicher Lage befindet sich der Richter, wenn er die Höhe einer etwaigen Unterhaltspflicht nach der Leistungsfähigkeit des Schuldners und nach der Bedürftigkeit des Gläubigers abwägen soll. Und Entsprechendes gilt für die überaus zahlreichen Rechtsstreitigkeiten, bei denen es sich um den Umfang eines zugefügten Schadens handelt. In allen den angeführten Fällen muss dem Richter naturgemäss eine ziemlich weitgehende Bewegungsfreiheit verbleiben. Und sein Ermessen ist dort kaum beschränkter als bei den Festsetzungsurteilen im technischen Sinne.

Darin liegt die Schwierigkeit der Abgrenzung begründet. Je freier nämlich die Stellung des Richters ist, um so schwieriger wird sich im Einzelfalle bestimmen lassen, ob das Mass der betreffenden Verbindlichkeit bereits aus dem ausserprozessualen Thatbestand folgt, oder ob es nach der Absicht des Gesetzgebers erst durch die Entscheidung des Richters bestimmt werden soll. Und die Grenze zwischen deklarativen und festsetzenden Urteilen wird um so leichter verwischt werden können, je gleichmässiger die Thätigkeit erscheint, die der Richter in beiden Fällen zur Gewinnung seines Urteils entfalten muss.

Ganz besonders verwickelt gestaltet sich die Sachlage, wenn

auf einen auszugleichenden Schaden oder auf ein zu vergütendes Interesse geklagt wird, und die von den Parteien beigebrachten Beweismittel zur sicheren Ermittelung des Schuldbetrages nicht hinreichen. Hier soll nämlich nach der Vorschrift des § 287 CPO. „der Richter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“ entscheiden. Und es sieht also gerade aus, als ob der Richter es wäre, der das Mass der Leistung bestimmt, und als läge mithin ein reines Festsetzungsurteil vor.

Trotzdem müssen wir uns vergegenwärtigen, dass auch in den letzterwähnten Fällen das Erkenntnis seinen deklarativen Charakter nicht verliert. Grundsätzlich nämlich hat der Richter auch hier nichts anderes zu thun, als zu ermitteln, was schon geschuldet ist. Er bestimmt nicht erst den Umfang der Leistung, sondern er stellt ihn als einen (objektiv) bereits gegebenen lediglich bestätigend fest. Er hat bloss zu konstatieren, wie hoch die Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit des Alimentenpflichtigen, die Bereicherung oder der zugefügte Schaden ist, und aus diesen ausserprozessualen Umständen die Konsequenzen zu ziehen. Was er dann als richtig findet, ist kraft Gesetzes, nicht kraft seiner eigenen Bestimmung geschuldet.

Daran ändert auch die Thatsache nichts, dass die Ermittelung mit grossen Schwierigkeiten verknüpft sein kann, da dieser Umstand gegenüber anderen Fällen der deklarativen Entscheidung höchstens einen quantitativen, dagegen keinen qualitativen Unterschied begründet. Und ebenso unerheblich erscheint es, dass bei den Klagen auf Schadensersatz oder auf das Interesse die freie Überzeugung des Richters den Ausschlag giebt. Denn sie tritt hier nur als äusserstes Hilfsmittel ein. In erster Linie hat der Kläger den Beweis seines Anspruchs auch hinsichtlich der Höhe zu erbringen, und nur, wo dies ihm nicht gelingt, soll aus Billigkeitsgründen das richterliche Ermessen subsidiär Platz greifen.

Der Richter ist also nicht, wie beim Festsetzungsurteil, von vorneherein und bestimmungsgemäss dazu berufen, den Umfang einer Leistung durch sein Urteil zu fixieren, sondern er hat, wenn er auch gegenüber dem Prozessstoff ziemlich selbständig ist, lediglich zu konstatieren, was nach Massgabe desselben bereits von jeher geschuldet war. Und mag seine Bewegungsfreiheit bei Erlass der Entscheidung eine noch so grosse sein, der Idee nach deklariert er den Schuldumfang bloss als einen bereits vorhandenen, nicht als einen durch ihn selbst erst bestimmten.

Zur Erläuterung des Unterschiedes mögen im folgenden noch einige Fälle besprochen werden, bei denen die deklarative Natur aus dem dargelegten Gesichtspunkte zweifelhaft sein kann und zum Teil auch bestritten worden ist.

a) Nach § 74 HGB. ist die Vereinbarung, durch welche sich ein Handlungsgehilfe dem Prinzipal gegenüber verpflichtet, nach Beendigung des Dienstverhältnisses eine gewerbliche Thätigkeit zu unterlassen, „nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird".

Die Frage nun, ob diese Grenzen eingehalten sind, kann in doppelter Weise zum prozessualen Austrag gebracht werden. Entweder beantragt einer der Beteiligten die Feststellung, dass die Verbindlichkeit des Handlungsgehilfen nur in einem bestimmten, näher bezeichneten Umfange besteht. Oder aber der Prinzipal klagt gegen den die Vereinbarung verletzenden Gehilfen auf Unterlassung, und dieser wendet im Prozesse die Unbilligkeit des Vertrages ein.

In dem ersten Falle liegt Feststellungsklage vor, deren Zulässigkeit durch das vorgeschriebene rechtliche Interesse bedingt ist; in dem letzteren ist eine Leistungsklage gegeben. In beiden Fällen aber hat das Urteil rein deklarative Bedeutung. Es beseitigt nicht eine bisher zu Recht bestehende Verpflichtung. Ebensowenig will es den Umfang der Verbindlichkeit selbst erst bestimmen. Denn hierzu wäre es nötig, dass die Mitwirkung des Gerichtes im Gesetz ausdrücklich vorgesehen wäre. Sondern es stellt fest, ob und inwieweit die Abmachung der Parteien von vorneherein verpflichtend war. Und es verliert diesen Charakter nicht schon um deswillen, weil vor seinem Erlass die zutreffende Abgrenzung subjektiv sehr ungewiss war, und weil der Richter auf Grund der Umstände des Einzelfalles nach billigem Ermessen entscheiden kann.

Die bisherigen Ausführungen gelten in gleicher Weise für den entsprechenden Fall des § 133f. Gewerbeordn.[103]).

---

103) Die im Text entwickelte Auffassung findet sich unter anderem bei Staub 6. Aufl. § 74 Anm. 5 (2), wo sich der Ausdruck „festsetzen" wohl in dem Sinne von „feststellen" findet. Ähnlich auch die Denkschrift zur Novelle des HGB. S. 69 zu § 73 Entwurf (= § 74 Gesetz), wenn auch dort auf § 343 BGB. Bezug genommen ist. Denn damit soll nicht gesagt sein, dass in beiden Fällen die Urteile das gleiche Wesen haben, sondern nur, dass hier wie dort das richter-

b) Im Falle der Gemeinschaft kann jeder Teilhaber, „sofern nicht die Verwaltung und Benützung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluss geregelt ist, eine den Interessen aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benützung verlangen" (§ 745 Abs. 2 BGB.).

Danach hat jeder Genosse gegen die übrigen einen Privatrechtsanspruch auf Mitwirkung zur Bestimmung der angemessenen Verwaltung und Benützung. Dieser Anspruch ist im Wege der Leistungsklage zu verfolgen. Und auch hier ist das zu erlassende Urteil kein festsetzendes — und noch viel weniger natürlich ein konstitutives.

Denn nicht der Richter ist es, der die angebrachte Art der Verwaltung und Benützung seinerseits vorschreibt. Vielmehr hat er lediglich zu deklarieren, ob der vom Kläger geltend gemachte Anspruch begründet erscheint oder nicht. Deshalb sind die gewünschten Massregeln schon in dem Klagantrag bestimmt anzugeben, wobei es natürlich den Belangten unbenommen bleibt, ihrerseits durch Erhebung einer Widerklage eine andere Behandlung vorzuschlagen. Ob ferner der Kläger, wenn er im Laufe des Prozesses statt der ursprünglich beantragten andere Massregeln verlangt, hiermit eine Klagänderung vornimmt, und ob dieselbe die Verteidigung des Gegners wesentlich erschwert, bestimmt sich nach den allgemeinen prozessualen Grundsätzen[104]).

c) Das Gesagte gilt uneingeschränkt auch für den Fall der §§ 1024, 1060 BGB., wonach bei Kollision von Grunddienstbarkeit oder Niessbrauch mit sonstigen Nutzungsrechten gleichen Ranges „jeder Berechtigte eine den Interessen aller nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen kann[105]).

Und nicht anders verhält es sich mit dem § 1246 BGB. Wenn nämlich eine andere als die gewöhnliche Art des Pfandverkaufs

---

liche Ermessen Platz greifen muss. — Dagegen wird ein Konstitutivurteil angenommen von Gaupp-Stein, Komm. I S. 11 oben, S. 514 b; Stein in Birkmeyers Encyklop. S. 1173.

104) Dieser Standpunkt wird in der civilrechtlichen Litteratur ziemlich allgemein eingenommen. Vergl. Crome, System II S. 811, c; Dernburg, Lehrb. II, 2 § 369 S. 579 Anm. 3; Oertmann § 745, 4; Planck, eod. 2. Die genannten Schriftsteller verweisen auf die entsprechende Behandlung des Teilungsanspruchs und auf die diesbezüglichen Bemerkungen der Motive II S. 888 f.

105) Dass ein deklaratives, speziell ein Leistungsurteil vorliegt, wird in Übereinstimmung mit den Motiven III S. 486 zutreffend ausgeführt von Planck § 1024, 3; für Konstitutivurteil auch hier Hellwig a. a. O.

nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten entspricht, so „kann jeder von ihnen verlangen, dass der Verkauf in dieser Art erfolgt. Kommt eine Einigung nicht zu stande, so entscheidet das Gericht“. Auch hier handelt es sich also um einen Anspruch jedes Beteiligten gegen die anderen auf Einwilligung in die bestimmt zu bezeichnenden Verwaltungsmassregeln. Und das Gericht hat, wenn der Antrag begründet erscheint, demselben durch eine Kondemnation, d. h. eben durch ein deklaratives Urteil, zu entsprechen.

d) Wer wegen Unmündigkeit oder Minderjährigkeit, wegen Bewusstlosigkeit oder Geistesstörung (§§ 827, 828 BGB.) für den von ihm verursachten Schaden nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten zu erlangen ist, „den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert, und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmässigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf“ (§ 829 BGB.).

Das ergehende Urteil hat dann, mag es auf Feststellung oder Verurteilung gerichtet sein, rein deklarative Natur. Es gehört weder zu den festsetzenden noch auch zu den konstitutiven Entscheidungen. Und zwar gilt dies aus den gleichen Gründen, wie sie unter a) dargelegt worden sind[106].

e) „Beschränkt sich die jeweilige Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks, so kann der Eigentümer die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle verlangen, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist“ (§ 1023 BGB.).

Dem Belasteten steht nach dieser Bestimmung ein privatrechtlicher Anspruch zu (arg. § 1023 Abs. 2: „Das Recht auf die Verlegung . . . . .), kraft dessen er die Einwilligung des Berechtigten in die Verlegung der Grunddienstbarkeit auf eine andere geeignete Stelle verlangen kann[107]. Letztere muss deshalb in der Klage

---

106) Für Konstitutivurteil Hellwig, Lehrb. S. 238, 1 b.

107) Ob der Anspruch auch auf die Zustimmung des Berechtigten zur Eintragung dieser neuen Stelle in das Grundbuch gerichtet sei, ist bestritten. Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Art der Ausübung überhaupt der Eintragung fähig und bedürftig ist. Dafür Planck § 1023, 4 mit weiterer Litteratur.

genau bezeichnet werden. Und die richterliche Entscheidung geht diesem Antrag gemäss auf Verurteilung des Servitutberechtigten zur Abgabe der verlangten Willenserklärung[108]).

4. Die Unterscheidung von deklarativen und festsetzenden Urteilen dürfte auch den Schlüssel abgeben für die Lösung einer vielerörterten prozessualen Kontroverse. Man streitet bekanntlich darüber, ob und inwieweit in gewissen Fällen der Klagantrag die verlangte Summe ziffermässig anzugeben habe. Und es herrschen namentlich bei Unterhalts- und Schadensersatzansprüchen Meinungsverschiedenheiten in der Richtung, ob der Kläger in dem Antrag eine bestimmte Summe nennen müsse oder sich damit begnügen könne, den nach richterlichem Ermessen geschuldeten Betrag einzuklagen.

Während von der einen Seite eine ziffermässige Bezeichnung überall erfordert[109]), von der anderen in weitem Umfange für entbehrlich gehalten wird[110]), nimmt das Reichsgericht in einer bekannten Entscheidung seiner vereinigten Civilsenate[111]) eine Mittelmeinung ein. Nach ihm genügt es, „wenn nach dem Antrag in Verbindung mit den über den Gegenstand und den Grund des Anspruchs gemachten Angaben der erhobene Anspruch in der Art individualisiert wird, dass über dessen Identität ein Zweifel nicht besteht, und dass der Betrag durch richterliches Ermessen, nötigenfalls mit Hilfe von Sachverständigen, festgestellt werden kann“[112]).

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus ergiebt sich die Lösung ohne weiteres. Soweit das verlangte Urteil deklarativen Charakter hat, ist die Aufgabe des Richters lediglich auf Ermittelung des von vorneherein geschuldeten Betrages beschränkt. Der Kläger, der seinen Antrag der angestrebten Urteilsart anzupassen hat, muss also die Höhe der Schuldsumme schon in der Klage bestimmt, d. h. ziffermässig angeben. Und es bleibt ihm höchstens anheimgestellt, im Laufe des Prozesses, je nach dem Ergebnis der Beweisführung, seinen Antrag zu erweitern oder zu ermässigen. Dies gilt namentlich für Ansprüche auf Herausgabe der ungerechtfertigten

108) Vergl. Planck a. a. O. und arg. Motive III S. 486.
109) So anscheinend Seuffert 8. Aufl. § 253 V S. 353 ff.
110) Vergl. die reichen Litteraturnachweise bei Seuffert a. a. O.
111) Vom 28. Juni 1888 in den Entscheidungen B. 21 Nr. 75 S. 382.
112) Vergl. a. a. O. S. 387. Ebenso Gaupp-Stein § 253 S. 523 III 4.

Bereicherung, auf Zahlung von Unterhaltsbeiträgen und auf Ersatz eines Schadens[113]).

Soweit es sich dagegen um ein festsetzendes Erkenntnis handelt, soll die Höhe des geltend gemachten Anspruchs erst durch den Richter fixiert werden. Er ist es, der hier den Umfang der Verbindlichkeit zu bestimmen hat. Und in dieser Normierung besteht gerade die Funktion der betreffenden Entscheidungsart. Hier kann also der Kläger, ohne eine Summe zu nennen, seine Klage allgemein auf den von dem Richter nach billigem Ermessen festzusetzenden Betrag abstellen.

Dies ist zunächst für den Fall anzunehmen, dass die Klage reine Festsetzungsklage ist, d. h. nichts anderes als die Fixierung des Leistungsmasses verlangt. Da sich nämlich hier die Thätigkeit des Gerichtes in der Festsetzung erschöpft, so muss der Antrag, der auf sie gerichtet ist, als hinreichend bestimmt angesehen werden. Der Kläger braucht eine Schuldziffer schon aus dem Grunde nicht anzugeben, weil eine solche — rein objektiv — noch gar nicht feststeht.

Und wenn er eine solche nennt, so hat ihre Bezeichnung keineswegs die gewöhnliche Bedeutung des Antrages. Sie giebt dem Richter höchstens einen unmassgeblichen Anhaltspunkt für die Ausmessung der Schuld. Dagegen bindet sie ihn nicht, wie bei der Klage auf Deklarativurteil, in der Art, dass er über die genannte Summe nicht hinausgehen dürfte. Der Antrag hat, anders ausgedrückt, was das Schuldmass betrifft, keinen normierenden, sondern bloss unterstützenden Inhalt.

Das Gesagte gilt aber nicht minder für den Fall, dass die Klagen auf Festsetzung und Verurteilung miteinander kombiniert werden. Auch hier genügt es, wenn Kondemnation in die vom Richter festzusetzende Summe beantragt ist.

Allerdings ist die Rechtslage hier nicht ganz die gleiche, wie in dem vorhin erwähnten Falle. Soweit nämlich Fixierung der Leistungshöhe verlangt wird, ist allerdings der Antrag nach den früheren Ausführungen genügend bestimmt. Soweit dagegen Verurteilung erstrebt wird, müsste nach allgemeinen Grundsätzen eine feste Summe genannt werden. Dass aber faktisch von diesem Erfordernis abgesehen werden darf, ist eine wirkliche Ausnahme von

---

113) Dass dem Kläger eine etwaige Zuvielforderung, was die Kostenfolge betrifft, nichts schadet, ergiebt sich aus § 92 CPO. Darüber unten Anm. 114 S. 132f.

den gewöhnlichen Vorschriften über die Bestimmtheit des Antrags, — eine Ausnahme, die sich aus dem Bestreben erklärt, überflüssige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Der Kläger soll nicht erst auf die Festsetzung und dann in einem besonderen späteren Prozess auf die Verurteilung klagen müssen.

Einen interessanten Vergleich bietet die Vorschrift des §254 CPO.:

„Wird mit der Klage auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder auf Leistung des Offenbarungseides die Klage auf Herausgabe desjenigen verbunden, was der Beklagte aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet, so kann die bestimmte Angabe der Leistungen, welche der Kläger beansprucht, vorbehalten werden, bis die Rechnung mitgeteilt, das Vermögensverzeichnis vorgelegt oder der Offenbarungseid geleistet ist."

Dieser Fall hat, was die einstweilige Unbestimmtheit des Leistungsantrages betrifft, grosse Ähnlichkeit mit dem hier erörterten. Nur wird das eine Mal der Umfang der Leistung durch eine Handlung des Beklagten, das andere Mal durch einen Akt des Richters ermittelt. Und während dort zwei Leistungsklagen miteinander verbunden sind, haben wir es hier mit einer Kombination von Festsetzungs- und Verurteilungsklage zu thun[114]).

114) Man könnte geneigt sein, den Unterschied zwischen Leistungs- und Festsetzungsklage auch für die Lehre von den Prozesskosten nutzbar zu machen. Nach § 92 Abs. 2 CPO. kann nämlich das Gericht „der einen Partei die gesamten Prozesskosten auferlegen, . . . . . wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen . . . . abhängig ist." Es läge nun ziemlich nahe, diese Vorschrift auf den Fall der Festsetzungsurteile im technischen Sinne zu beschränken. Danach wäre der Kläger, der zuviel fordert, nur dann von der teilweisen Tragung der Prozesskosten zu entbinden, wenn nach dem Willen des Gesetzgebers erst der Richter es ist, der den Umfang einer Leistung bestimmt. Dagegen würde bei den Klagen auf Deklarativurteil, bei welchen nach unseren früheren Erörterungen die verlangte Summe ziffermässig zu bezeichnen ist, die pluspetitio für den Kläger Kostenfolgen nach sich ziehen. — Allein diese Auffassung, die schon von vorneherein zu formalistisch erscheint, ist auch innerlich nicht gerechtfertigt. Der Grundgedanke des § 92 Abs. 2 CPO., wie er sich auch aus den übrigen dort erwähnten Fällen ergiebt, weist auf eine andere Behandlung hin. Es soll offenbar überall dort, wo das Mass der geschuldeten Leistung subjektiv ungewiss ist, d. h. durch die beteiligten Privaten nicht ohne weiteres mit Sicherheit ermittelt werden kann, der Kläger das Risiko vermeiden können, das mit einem übersetzten Antrag hinsichtlich der Prozesskosten verbunden ist. Dieser Gesichtspunkt wird aber nicht nur in den Fällen der eigentichen Festsetzungsklage bedeutsam. Er gilt vielmehr ebenso gut für die Klagen auf Deklarativurteil, vorausgesetzt, dass auch hier der Umfang der fraglichen

V. Fassen wir nun die Einzelfälle des festsetzenden Urteils ins Auge, so lassen sich dieselben in zwei Gruppen unterbringen [115]).

1. Bei der einen ist zwar eine Leistungspflicht von vorneherein begründet. Der Umfang derselben ist aber noch nicht festgelegt, sondern entweder überhaupt nicht bestimmt, oder doch in einer Weise fixiert, welche für die Beteiligten, also namentlich für den Verpflichteten oder Berechtigten, nicht verbindlich ist. Vielmehr soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Fixierung erst durch das Gericht so erfolgen, als sei bisher nichts geschehen.

Diese Fälle sind also nicht etwa in der Weise zu konstruieren, als ob die von privater Seite bereits getroffene Normierung an sich verpflichtende Kraft besässe und dieselbe bis zu ihrer ausdrücklichen Beseitigung durch den Richterspruch behielte. Sondern jene private Bestimmung hat, wenn sie sich auch äusserlich als vollgültig darstellt, aus irgendwelchem Grunde, namentlich wegen Verstosses gegen die Billigkeit, keine rechtlich bindende Wirkung. D. h. der Beklagte ist zwar verpflichtet, aber zu einer ihrem Umfange nach noch unbestimmten Leistung.

a) Der Hauptfall dieser Art findet sich im § 315 Abs. 2 BGB. Soll die geschuldete Leistung nach billigem Ermessen einer Partei festgesetzt werden, „so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.“

Die theoretische Konstruktion dieses Falles und seine prak-

---

Verbindlichkeit, sei es wegen der Zahl oder der Art der massgebenden Rechnungsfaktoren, sei es aus anderen Gründen, zweifelhaft erscheint, und wenn deshalb bei seiner Beurteilung dem Richter ein grösserer Spielraum überlassen bleibt. Auch in dem letzteren Falle muss der Kläger, ohne eine teilweise Überbürdung mit den Kosten befürchten zu müssen, einen möglicherweise zu hohen Antrag stellen können. Ja, gerade für diesen Fall ist die Vorschrift des § 92 Abs. 2 CPO. von grösserem Wert als für die technische Festsetzungsklage. Wo nämlich der Kläger von vorneherein die Entscheidung der richterlichen Bestimmung überlassen kann, braucht er eine Zuvielforderung nicht zu riskieren. Wo er dagegen schon in der Klage eine genau bezifferte Summe nennen muss, über deren Höhe er sich vielfach selbst noch nicht klar sein wird, da erscheint gerade die Gefahr der Überforderung besonders gross und der Schutz des § 92 CPO. besonders erwünscht.

115) Von den Fällen der §§ 917, 920 BGB., deren Zugehörigkeit zu unserer Kategorie freilich nicht unzweifelhaft ist, kann hier abgesehen werden. Vergleiche dazu oben Anm. 96 S. 111.

tische Behandlung ergeben sich mit Leichtigkeit aus der früheren Darstellung. Mit dem Abschluss des Rechtsgeschäftes ist eine Verbindlichkeit entstanden. Das Mass derselben ist aber weiterer Feststellung vorbehalten. Diese wird von der Partei in unbilliger Weise getroffen oder sie wird verzögert. Es fehlt auch in dem ersteren Falle nach ausdrücklicher Vorschrift an einer verbindlichen Festsetzung der Leistungshöhe [116]). Und es ist durch das Gesetz die Bestimmung einer solchen dem richterlichen Urteil übertragen.

Wie diese Bestimmung herbeizuführen sei, ist Sache des Einzelfalles [117]).

*α*) Entweder klagt der Gläubiger auf die von ihm festgesetzte Leistung, und der Schuldner verlangt seinerseits gleichzeitige Bestimmung der billigen Höhe, sei es mit einfachem prozessualem Antrag, sei es mit förmlicher Widerklage.

*β*) Oder der Berechtigte klagt auf Verurteilung zu der von dem Richter zu bestimmenden Leistung. Dann haben wir es mit einer Vereinigung von Festsetzungs- und Kondemnationsklage zu thun. Und es gelten über diese Kombination die früher näher dargelegten Grundsätze.

*γ*) Der Gläubiger kann weiter, wenn er hierfür ein besonderes rechtliches Interesse nachweisen kann, seinen Antrag auf Festsetzung des angemessenen Schuldumfanges beschränken. Es liegt dann nicht etwa die Figur der Feststellungsklage nach § 256 CPO., sondern eine reine Festsetzungsklage in der bisher entwickelten Bedeutung vor.

*δ*) Endlich kann unter den gleichen Voraussetzungen auch der Schuldner die Bestimmungsklage selbständig erheben [118]).

---

116) Freilich ist nicht zu vergessen, dass die selbst unbillige Bestimmung eine Art von relativer Gültigkeit hat. Sie ist nämlich wenigstens für die Partei verbindlich, welche sie getroffen hat.

117) Zu beachten ist übrigens, dass auch hier ein einfaches Leistungsurteil nicht ausgeschlossen ist. Ein solches würde z. B. dann ergehen, wenn der Gläubiger, der die Bestimmung zu treffen hatte, auf Grund derselben die Leistung einklagt, ohne dass der Schuldner ihre thatsächlich vorliegende Unbilligkeit einwendet. Nicht anders verhält es sich, wenn der Berechtigte sich damit begnügt, auf die vom Schuldner festgesetzte Leistung trotz ihrer Unbilligkeit zu klagen. Unter den gleichen Voraussetzungen wäre, wenn auf blosse Deklaration geklagt würde, auch reines Feststellungsurteil denkbar.

118) Die Litteratur nimmt durchweg einen anderen, als den hier vertretenen Standpunkt ein. Am ausführlichsten geht Schollmeyer zu § 315, 4 auf die Frage ein. Er unterscheidet drei Fälle:

b) All das Gesagte gilt in gleicher Weise für den Fall, dass die Leistung von einem Dritten nach billigem Ermessen zu

---

1) Zunächst den Fall, dass die Bestimmung des Gläubigers von dem Schuldner bemängelt wird. Dann werde der Gläubiger entweder a) auf Leistung dessen klagen, was er bestimmt habe, wogegen der Schuldner Unbilligkeit einwenden könne; oder b) es könne der Gläubiger „Klage auf Feststellung des Bestehens der Vertragsverhältnisse konform seiner Bestimmung erheben". — Allein, was die erstere Klage betrifft, so bleibt bei dieser Auffassung unaufgeklärt, wie der Unbilligkeitseinwand des Schuldners geltend zu machen ist, und wie der Richter dazu kommt, eine nicht beantragte Schuldhöhe festzusetzen. Und bezüglich der zweiten ist zu bemerken, dass dieselbe nicht als Feststellungsklage aufgefasst werden kann. Denn auf Grund einer solchen könnte lediglich entschieden werden, dass die Schuld in der von dem Kläger fixierten Höhe entweder bestünde — dann wäre die Klage zuzusprechen, oder nicht bestünde — dann wäre sie abzuweisen. Dagegen könnte nicht die Festsetzung des billigen Masses erfolgen. Diese Möglichkeit muss aber offenbar gegeben sein. Schon daraus ergiebt sich, dass wir es hier mit einem besonderen Klagetypus zu thun haben. Beiläufig dürfte es nicht gerechtfertigt sein, wenn Schollmeyer a. a. O. dem Schuldner eine solche — von ihm sog. — Feststellungsmöglichkeit aus dem Grunde versagen will, weil die Bestimmung des Gläubigers für ihn unverbindlich sei. Wäre dieser Grund richtig, so würde eine negative Feststellungsklage überhaupt kaum jemals in irgend einem Falle erhoben werden können.

2) Werde die Bestimmung des Schuldners von dem Gläubiger bemängelt, so könne geklagt werden: a) von dem Berechtigten auf Verurteilung zu der nach dem Ermessen des Gerichtes festzusetzenden Leistung, oder b) von dem Schuldner „auf Feststellung des Bestehens des Vertragsverhältnisses konform seiner Bestimmung". — Dazu ist zu bemerken, dass die ersterwähnte Klage nichts anderes ist als eine kombinierte Feststellungs- und Verurteilungsklage — vergl. den Text unter $\beta$ S. 134 —, die zweite dagegen nichts anderes als eine reine Festsetzungsklage ($\delta$).

3) Sei endlich die Bestimmung verzögert worden, so könne a) der Berechtigte Klage erheben wie unter 2 a; in dieser Beziehung ist auf unsere diesbezüglichen Ausführungen zurückzuverweisen, und zugleich zu bemerken, dass der Gläubiger keineswegs auf Verurteilung klagen muss — die Schuld ist ja möglicherweise noch gar nicht fällig —, sondern auch auf reine Festsetzung klagen kann. Oder b) der Schuldner könne gegen den Gläubiger darauf klagen, „dass dieser schuldig sei, sich die Festsetzung der Leistung, welche das Gericht nach Billigkeit treffen werde, gefallen zu lassen". Von einer solchen Klage kann aber wohl keine Rede sein. Dass sich der Berechtigte die von dem Richter zu treffende Bestimmung gefallen lassen muss, bildet nicht den Inhalt einer privatrechtlichen Verbindlichkeit, auf deren Erfüllung die Klage gerichtet wäre. Vielmehr verlangt die letztere nichts anderes als die Festsetzung der billigen Leistung durch den Richter. Die Unterwerfung des Gegners unter die zu treffende Bestimmung folgt unmittelbar aus dem Wesen des Civilurteils als solchen.

In ähnlicher Weise wie Schollmeyer nehmen auch die meisten anderen Schriftsteller, je nach Lage des Falles, bald Leistungsklage — auf Verurteilung zu dem von dem Richter zu bestimmenden Betrag —, bald Feststellungsklage an,

treffen ist. Nur dass hier die richterliche Festsetzung einerseits bloss dann eintritt, wenn die private Bestimmung offenbar unbillig ist, andererseits auch in den Fällen Platz greift, wenn der Dritte die Fixierung nicht treffen kann oder will (§ 319 BGB.).

c) Die §§ 315 und 319 (oben a und b S. 133f.) finden auch in dem Falle Anwendung, dass ein Erblasser bei Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage, „deren Zweck er festgesetzt hat, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen“ hat (§§ 2156, 2192 BGB.).

Als interessantes Gegenstück kann hier auf den Fall verwiesen werden, dass beim Gattungsvermächtnis die Bestimmung der Sache dem Bedachten oder einem Dritten überlassen ist. Entspricht seine Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht, „so hat der Beschwerte so zu leisten, wie wenn der Erblasser über die Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte“. D. h. er hat, mit anderen Worten, eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu liefern (§ 2155 BGB.).

Hier wird also die Bestimmung nicht durch den Richter getroffen. Die Beteiligten können nicht auf Festsetzung, sondern nur auf Leistung oder Feststellung nach den gewöhnlichen prozessualen Grundsätzen klagen, wobei sie im Antrag die gewünschte Entscheidung genau zu bezeichnen haben. Das ergehende Urteil hat aber in beiden Fällen deklarative Natur.

d) Hierher gehört weiterhin der Fall des § 2048 BGB. Hat der Erblasser angeordnet, dass die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll, so ist die von diesem „getroffene Bestimmung für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil“.

Auch hier liegt, wie sich schon aus dem mitgeteilten Wort-

---

bei welcher aber wiederum bestritten ist, ob für die Zulässigkeit derselben ein rechtliches Interesse gemäss § 256 CPO. vorausgesetzt sei (so Planck § 315, 3 und 4, Dernburg § 86 V) oder nicht (Oertmann § 315, 4a und wohl auch Crome, System arg. S. 42, b verglichen mit S. 45, b). Für Deklarativurteil ferner Kohler, Zeitschr. Bd. 29 S. 13. Auch die Protokolle I S. 465 reden von Feststellungs- oder Leistungsklage, heben aber gegenüber den missverständlichen Ausführungen der Motive II S. 192 mit Recht hervor, „dass die Entscheidung über die Frage, welche Leistung billig sei, regelmässig in dem Rechtsstreit über die Leistungsfrage zu treffen sein werde“. — Für Konstitutivurteil erklären sich Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 460 Anm. 5; Lehrb. S. 238, 239; Stein in Birkmeyers Encykl. S. 1173; Gaupp-Stein, Komm. I S. 514; Seuffert, Komm. 8. Aufl. I S. 347.

laut ergiebt, ein Festsetzungsurteil vor. Zu beachten ist aber, dass es sich bei der vorliegenden Bestimmung nicht um die Höhe einer Leistung, sondern um die Art einer Auseinandersetzung handelt. Mit Rücksicht darauf wird hier der Antrag auf richterliche Festsetzung häufiger in seiner Reinheit hervortreten, d. h. seltener, als in den bisher behandelten Fällen, in Verbindung mit einer Leistungsklage vorkommen [119]).

e) Entsprechendes gilt endlich für den Fall, dass der Auslobende unter mehreren Personen, die zu dem Erfolge mitgewirkt haben, die versprochene Belohnung verteilen soll. Nach § 660 BGB. ist die Verteilung „nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; sie erfolgt in einem solchen Falle durch Urteil".

Bei diesem Thatbestande haben wir es ebenfalls mit einer festsetzenden Entscheidung zu thun. Der Richter hat weder die offenbar unbillige Bestimmung aufzuheben — denn dieselbe ist unter der angegebenen Voraussetzung überhaupt nicht verbindlich; noch auch die schon feststehende Leistungshöhe zu deklarieren — denn eine solche ist objektiv noch gar nicht gegeben. Sondern er hat selbst erst die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen.

Zu bemerken ist dabei, dass die „Verteilung", wie er sie vorzunehmen hat, nicht als eine faktische Auseinandersetzung, sondern als blosse Bestimmung über die den Interessenten gebührenden Beträge aufzufassen ist; dass ferner auch hier die Klage auf Festsetzung mit derjenigen auf Verurteilung kombiniert werden kann, und dass endlich beide Klagen nicht gegen den Auslobenden selbst, sondern gegen die übrigen Beteiligten zu richten sind [120]).

119) Keiner Hervorhebung bedarf es, dass die von dem Richter getroffene Bestimmung nicht schon selbst die Auseinandersetzung dinglich vollzieht, sondern lediglich jedem Beteiligten einen persönlichen Anspruch gegen die übrigen auf Mitwirkung zu der bestimmten Auseinandersetzungsart gewährt. Auch hat die Bestimmung der letzteren durch den Richter keine grössere Kraft, als eine entsprechende Anordnung durch den Erblasser. Es bleibt also den Miterben jederzeit unbenommen, im Wege privater Vereinbarung die von dem Richter fixierte Teilungsart durch eine andere zu ersetzen. Die Litteratur zeigt auch hier Meinungsverschiedenheiten. Für deklaratives Urteil Staudinger zu § 2048; Strohal 2. Aufl. S. 536f. (§ 65 III 2); Planck § 2048, 3 — wo aber in offenbar inkorrekter Weise von einer „Anfechtung im Wege einer Klage gegen die Miterben" gesprochen wird. — Für Konstitutivurteil Hellwig, Lehrb. 238, 1, b; Gaupp-Stein, Komm. I S. 514; Stein in Birkmeyers Encykl. S. 1173.

120) Auch in diesem Falle herrscht Streit, indem teils deklarative Entscheidung — so bei Oertmann („Anfechtung"), Planck zu § 660; Crome S. 760f.;

2. Bei einer zweiten Gruppe von festsetzenden Urteilen ist von vorneherein nicht bloss die Verpflichtung selbst, sondern auch ihr Umfang genau bestimmt, und zwar unmittelbar durch den Vertrag der Beteiligten. Die versprochene Leistung ist aber unverhältnismässig hoch und kann deshalb auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bis dorthin bleibt aber die Vereinbarung vollkommen gültig.

Darin liegt der Unterschied gegenüber der früher behandelten ersten Gruppe. Dort ist die Höhe der Verpflichtung überhaupt noch nicht oder doch wenigstens nicht verbindlich bestimmt, sodass der Richterspruch in dieser Beziehung nichts zu beseitigen braucht. Hier dagegen hat eine vertragliche Festsetzung bereits stattgefunden, welche einstweilen vollkommen gültig ist und ihre Wirksamkeit solange behält, bis sie durch die Entscheidung des Richters aus der Welt geschafft wird.

Diese Entscheidung beschränkt sich also nicht auf die Bestimmung des Schuldumfangs. Denn sie findet einen Thatbestand vor, dessen Folgen sie zunächst aufheben muss, um sie durch gerechtere zu ersetzen. Sie hat daher eine doppelte Funktion. Zunächst beseitigt sie die bisherigen Wirkungen des Vertrages, soweit sich dieselben auf das Mass der Verbindlichkeit bezogen. Und sodann bestimmt sie, an Stelle dieser nunmehr eliminierten Festsetzung, ihrerseits die angemessene Leistung. In der ersteren Richtung hat sie also, wenn wir die bisherige Terminologie verwenden, konstitutive, in der letzteren festsetzende Bedeutung.

Das Verhältnis ist aber nicht so aufzufassen, als lägen zwei bloss äusserlich verbundene Urteile mit verschiedenem Inhalte vor; denn die Beseitigung der übermässig hohen Leistung folgt eben unmittelbar aus der Festsetzung des angemessenen Betrages. Vielmehr haben wir es, entsprechend dem einheitlichen Vorgang der „Herabsetzung“, mit einer einzigen Entscheidung zu thun, welche gegenüber anderen nur die Besonderheit hat, dass sie Funktionen in sich vereinigt, die sonst vereinzelt aufzutreten pflegen. Da aber der wichtigere Bestandteil der richterlichen Thätigkeit auch hier in der Bestimmung des Leistungsumfanges zu finden ist, so empfiehlt es sich, diese Urteile, was ihre systematische Stellung betrifft, nicht den konstitutiven, sondern den festsetzenden Urteilen beizurechnen.

---

Dernburg S. 479; Protok II S. 398f. —, teils ein Konstitutivurteil angenommen wird — so von Hellwig, Stein und Seuffert a. d. a. O.

a) Hierher gehört vor allem das Urteil, welches eine Vertragsstrafe, oder eine für den Fall gewisser Handlungen oder Unterlassungen versprochene Strafe wegen unverhältnismässiger Höhe herabsetzt. Ein solches Erkenntnis ist durch § 343 BGB. jetzt allgemein zugelassen, während es früher gemäss dem nunmehr gegenstandslos gewordenen § 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Mai 1894 nur für Abzahlungsgeschäfte galt. Dasselbe tritt auch bei Herabsetzung der von einem Handlungsgehilfen versprochenen Vertragsstrafen ein (§ 75 Abs. 2 HGB.), während die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafen dieser Ermässigung nicht teilhaftig sind (§ 348 HGB.).

Dass es sich in den angeführten Fällen nicht um die blosse Deklaration des Schuldumfanges handelt[121]), folgt aus verschiedenen Umständen. Zunächst daraus, dass im Gesetze von einer „Nichtverbindlichkeit" der vertragsmässigen Leistung keine Rede ist, dass also eine geringere als die vereinbarte Schuld vor dem Erlass des Urteils nicht bestand, demnach als von vorneherein gegeben auch nicht festgestellt werden kann. Sodann spricht für unsere Auffassung der in § 343 BGB. verwendete Ausdruck „Herabsetzung auf den angemessenen Betrag". Schliesslich ist auf die Materialien des Gesetzes zu verweisen (Prot. I S. 687 f.), woselbst ausführlich die Gründe dargelegt sind, welche es wünschenswert erscheinen lassen, dass gerade der Richter die Bestimmung der Leistung treffe[122]).

b) Zu erwähnen ist ferner die Klage, durch welche richterliche Herabsetzung eines unverhältnismässig hohen Maklerlohnes für einen Dienstvertrag verlangt wird (§ 655 BGB.). Es gelten hier genau die gleichen Grundsätze wie für den Fall des § 343 BGB.[123]).

c) Denselben Charakter hat das Urteil, welches die während der Gefahr getroffene Bestimmung über die Höhe des Berge- oder

---

121) So Kohler, Zeitschrift B. 29 S. 14.

122) Deshalb wird von der Litteratur, und zwar auch von der privatrechtlichen, überwiegend ein deklaratives Urteil abgelehnt, dafür aber nicht die von uns verteidigte Entscheidungsart, sondern konstitutives Urteil angenommen. Vgl. Hellwig, Lehrb. S. 239; Stein in Birkmeyers Encyklopädie S. 1173; Gaupp-Stein, Komm. I S. 514; Seuffert, Komm. I S. 347; Langheineken S. 231 f.; Planck § 343, 1; Oertmann eod 3; Schollmeyer eod 1; Dernburg S. 227 f.; Crome § 178 S. 215.

123) S. dazu Hellwig, Stein, Seuffert a. d. a. O.; ferner Planck und Oertmann zu § 655; Crome S. 712; Dernburg S. 488 IV.

Hilfslohnes auf ein den Umständen entsprechendes Mass reduziert[124]).

d) Entsprechendes gilt endlich für die Ermässigung einer Vergütung, welche sich ein Rechtsanwalt durch Vertrag mit seiner Partei in übertriebener Höhe hat versprechen lassen. Vgl. § 93 Abs. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Danach gilt die Besonderheit, dass der Richter, der im allgemeinen auch hier nach billigem Ermessen zu entscheiden hat, an eine Minimalgrenze insofern gebunden ist, als er unter die Normaltaxe des angeführten Gesetzes nicht gehen darf.

## § 6. Das Urteil des § 1612 Abs. 1 BGB.

I. Mit den eben behandelten Instituten ist nahe verwandt der in seiner begrifflichen Eigenart bisher nicht genügend beachtete Fall des § 1612 Abs. 1 BGB.:

„Der Unterhalt ist durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Der Verpflichtete kann verlangen, dass ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Weise gestattet werde, wenn besondere Gründe es rechtfertigen."

1. Fragen wir zunächst, wie sich die prozessuale Durchführung dieses Falles praktisch gestaltet, so besteht eine doppelte Möglichkeit.

a) Der Berechtigte klagt auf Gewährung des Unterhaltes in Geld, und der Verpflichtete verlangt dem gegenüber, dass ihm die Leistung in anderer Weise gestattet werde.

Welche Bedeutung hat dieser Antrag des Schuldners? Er beschränkt sich offenbar nicht auf eine Bestreitung des erhobenen Anspruchs: er will nicht die Abweisung der Klage herbeiführen. Sondern er will bei Gelegenheit des schwebenden Prozesses durch den Richter bestimmen lassen, in welcher Weise der Unterhalt zu gewähren sei. Er erstrebt also nicht bloss negativ den Ausschluss des Geldanspruchs, sondern positiv die Festsetzung einer angemessenen Alimentationsart.

Erscheint dieser Antrag des Beklagten ungerechtfertigt, so erfolgt der Klage gemäss Kondemnation auf Geld. Ist er dagegen begründet, so kann sich der Kläger in verschiedener Weise verhalten. Entweder geht er auf den Antrag des Gegners ein; dann

124) S. § 741 HGB. und über die Anwendung des Anfechtungsbegriffes oben Anm. 99 S. 119.

wird dieser, statt auf Geld, zu einer bestimmten Naturalerfüllungsart verurteilt. Oder aber der Kläger verharrt bei seinem ursprünglichen Verlangen: dann wird unter Abweisung desselben der Beklagte ermächtigt, den Unterhalt in der von ihm vorgeschlagenen Weise zu leisten. Die praktische Besonderheit der letzteren Alternative gegenüber der früher erwähnten liegt darin, dass hier der Kläger nicht, wie dort, einen Vollstreckungstitel für seinen Anspruch bekommt.

Der zuletzt angeführte Fall lässt nun auch die richtige Auffassung klar hervortreten. Der Beklagte erhebt nicht etwa eine Widerklage auf Abgabe einer Willenserklärung durch den Prozessgegner. Er verfolgt nicht gegen diesen einen Anspruch darauf, dass er sich mit der Leistung des Unterhaltes in natura einverstanden erkläre. Denn, ob die Leistung in dieser Art erfolgen darf, ist in unserem Falle nicht von der Zustimmung des Berechtigten, sondern von der Ermächtigung des Gerichtes abhängig.

Wenn nach dem Gesetz der Schuldner verlangen kann, „dass ihm die Gewährung des Unterhaltes in anderer Weise gestattet werde,“ so hat diese Gestattung nicht etwa, wie man nach dem Wortlaut annehmen könnte, von dem Gläubiger, sondern von dem Richter auszugehen. Der Beklagte beantragt also, mit anderen Worten, dass ihm durch Urteil die Befugnis gewährt werde, seine Unterhaltspflicht, statt in Geld, in anderer Weise zu erfüllen[125]).

b) Damit gelangen wir zu der zweiten Möglichkeit. Der Schuldner kann nämlich auch, ohne erst die Klage des Gläubigers abzuwarten, seinerseits eine besondere Klage auf Ermächtigung zur Naturalerfüllung erheben.

Hier kann die Natur seines Antrages gar nicht zweifelhaft sein. Er verlangt nicht Abweisung des Gegners mit einem Anspruch: denn ein solcher ist noch nicht geltend gemacht worden. Ebenso wenig erstrebt er die — negative — Feststellung, dass ein Recht

125) Auch hier erhebt sich die Streitfrage, die schon früher bei einem ähnlichen Falle behandelt wurde (s. oben § 5 Anm. 100 S. 120), ob nämlich der Beklagte sein Verlangen durch einfachen Antrag oder durch eine förmliche Widerklage stellen muss. Diese Frage dürfte aus den früher dargelegten Gründen in dem ersteren Sinne zu entscheiden sein. Es muss, entsprechend der Verhandlungsmaxime, für notwendig, aber auch für genügend erachtet werden, wenn in dem schwebenden Rechtsstreit die richterliche Thätigkeit durch einen gewöhnlichen prozessualen Antrag ausgelöst wird. Dagegen ist es nicht erforderlich, dass der Schuldner im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits einen zweiten Prozess durch Erhebung einer Widerklage anhängig mache.

auf Gelderfüllung nicht bestehe: denn seine Klage hat einen positiven Inhalt. Er beantragt aber auch nicht die positive Deklaration, dass er ermächtigt sei, in Natur zu leisten: denn eine solche Befugnis hat für ihn bisher nicht bestanden, kann also auch nicht als eine bereits vorhandene konstatiert werden. Vielmehr verlangt er, dass der Richter ihm gestatte, anders, als in Geld, zu erfüllen. Das Urteil ist es, welches den Inhalt des Schuldumfanges erst modifiziert.

2) Die rechtliche Eigenart unseres Institutes ergiebt sich aus den ihm zu Grunde liegenden legislatorischen Erwägungen. Dass eine und dieselbe Art der Unterhaltsgewährung nicht überall passend erscheint, ist offensichtlich.

Dem Gesetzgeber stehen nun verschiedene Möglichkeiten offen. Er kann die Wahl zwischen Geld- und Naturalleistung dem Berechtigten oder Verpflichteten übertragen: Damit können sich indessen für den anderen Beteiligten erhebliche Missstände verknüpfen. Er kann ein für allemal durch das Gesetz selbst die Bedingungen angeben, unter denen die Alimentation in Geld, und diejenigen, unter welchen sie in Natur zu erfolgen hat. Diese abstrakte Regelung wird aber den höchst mannigfaltigen Umständen und Bedürfnissen des Einzelfalles meistenteils nicht gerecht werden. Er kann, wie dies in zahlreichen Partikularrechten geschehen ist, von vorneherein das richterliche Ermessen über die Art des Unterhaltes entscheiden lassen: hier besteht aber die Gefahr weitgehender Unsicherheit der Rechtslage und somit die Möglichkeit zahlreicher Streitigkeiten.

Aus diesen Gründen hat sich der Gesetzgeber für einen vierten Standpunkt entschieden. Er normiert durch allgemeinen Rechtssatz die Art des Unterhaltes dahin, dass derselbe in Geld zu leisten ist. Er weist aber den Richter an, dem Schuldner, falls besondere Gründe dies rechtfertigen, die Gewährung des Unterhaltes in anderer Art zu gestatten.

Daraus folgt für die juristische Konstruktion. Das Recht auf Alimentation ist von vorneherein als ein Geldanspruch ins Leben getreten. Und es behält diese Eigenschaft solange, bis es durch richterliches Urteil in einen Anspruch auf Naturalerfüllung umgewandelt ist. Der Richter hat also hier die Aufgabe, die Regelung, wie sie vom Standpunkte des Gesetzes aus als die normale erscheint, durch sein Urteil zu beseitigen, und an ihre Stelle diejenige zu setzen, die den Umständen des Einzelfalles besser entspricht.

Wir haben es also mit dem eigentümlichen Falle zu thun, dass der Gesetzgeber in bewusster Absicht die Möglichkeit einer Korrektur seiner eigenen Vorschriften zulässt, und zwar soll diese Korrektur bestimmungsgemäss durch den richterlichen Akt des Urteils erfolgen.

3) In dieser Notwendigkeit richterlicher Mitwirkung liegt der Unterschied unseres Institutes gegenüber anderen Formen, in denen gegen eine unerwünschte Rechtslage Abhilfe gewährt werden kann. Von solchen seien hier, des Vergleiches halber, namentlich zwei Fälle hervorgehoben.

a) Es kann die Beseitigung eines für die Partei ungünstigen Rechtszustandes einer ausdrücklichen Willenserklärung derselben überlassen werden. Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Anfechtung, vielfach auch die ausserordentliche Kündigung, der Rücktritt, die Wandelung und Minderung u. s. w. Überall ist es der Willensakt des Privaten, der die schädlichen Rechtsfolgen aufhebt (s. oben § 5 Anm. 99 S. 119). Nicht der Gesetzgeber selbst schliesst sie durch seine allgemeine objektive Rechtsvorschrift aus. Und ebensowenig ist zu ihrer Eliminierung die Entscheidung des Richters erforderlich.

Dass es sich im Falle des § 1612 Abs. 1 BGB. anders verhält, bedarf keiner weiteren Ausführung.

b) Es kann aber auch schon das objektive Recht selbst durch abstraktes Gebot Abhilfe gewähren. Und zwar ist unter den verschiedenen Möglichkeiten, in denen dies geschehen kann, der Fall der gesetzlichen Alternativermächtigung des Schuldners besonders beachtenswert.

Der Gesetzgeber kann nämlich einer Leistungspflicht einen bestimmten Inhalt anweisen, zugleich aber bestimmen, dass der Schuldner — unter gewissen Voraussetzungen — statt dieses Inhaltes einen anderen zu wählen befugt sei. Mit anderen Worten: der Verpflichtete hat zwar im allgemeinen die von dem Gesetz vorgesehene Leistung zu erbringen. Er darf sich aber unter Umständen durch Gewährung eines anderen Vermögenswertes befreien, und zwar kann er dies, ohne dass seinerseits noch eine besondere konstitutive Willenserklärung — z. B. Anfechtung u. s. w. — zu erfolgen brauchte, und erst recht, ohne dass er durch ein besonderes Urteil zu der Ersatzleistung ermächtigt werden müsste.

Ein wichtiger, und als Gegenstück zu dem hier behandelten Urteil interessanter, Fall findet sich im § 251 Abs. 2 BGB.:

„Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismässigen Aufwendungen möglich ist".

Hier ist also dem Schuldner, welcher der Regel nach die Entschädigung in natura zu leisten hat, unter den angegebenen Umständen die Ermächtigung gewährt, sich durch Zahlung einer entsprechenden Geldsumme zu befreien. Er erlangt diese Befugnis nicht erst dadurch, dass er eine besondere Willenserklärung, etwa in der Art der Anfechtung, abgeben müsste. Und er bedarf hierzu ebensowenig einer durch Urteil auszusprechenden richterlichen Erlaubnis.

Vielmehr ist ihm die geschilderte Alternativermächtigung unmittelbar durch das Gesetz verliehen. Zwar kann dieselbe — natürlich unter den allgemeinen Voraussetzungen, namentlich beim Vorliegen eines rechtlichen Interesses — zum Gegenstande des Prozesses und Urteiles werden. Die ergehende Entscheidung hat dann aber rein deklarative Natur. Sie stellt lediglich fest, dass der Schuldner von vorneherein kraft Gesetzes befugt war, die Entschädigung, statt durch Wiederherstellung in Natur, durch Zahlung einer Geldsumme zu leisten.

Ganz anders in dem Falle des § 1612 Abs. 1 BGB. Hier kann der Verpflichtete, wenn besondere Gründe es rechtfertigen, zwar ebenfalls die Ermächtigung erwirken, seine Unterhaltspflicht in einer anderen als der regelmässigen Art zu erfüllen. Er hat aber diese Befugnis nicht schon unmittelbar kraft Gesetzes, sondern er muss sie sich erst durch den Richter erteilen lassen. Nicht der objektive Rechtssatz, sondern das Urteil ist es, wodurch die alternative Ermächtigung des Schuldners erst begründet wird.

Der Entscheidung des Richters kommt daher eine andere, als bloss deklarative, Bedeutung zu. Wir haben es, anders ausgedrückt, nicht, wie in dem vorhin behandelten Falle des § 251 Abs. 2 BGB., mit einer Selbstkorrektur des Gesetzes zu thun, sondern mit einer Korrektur desselben durch einen Akt der streitigen Gerichtsbarkeit. Und darin liegt die Besonderheit unseres Falles[126]).

---

126) Keiner Hervorhebung wird es bedürfen, dass diese Korrektur nicht etwa so zu verstehen ist, als ob sich hier der Richter über das Gesetz stellen dürfte. Derselbe bleibt naturgemäss, wie überall sonst, so auch hier in dem Rahmen der ihm durch das objektive Recht gewährten Funktionen. Er handelt, indem er den gewöhnlichen Inhalt einer Verpflichtung — Alimentenverbindlichkeit — durch einen anderen ersetzt, nicht gegen das Gesetz, sondern auf Grund desselben.



II. Was die systematische Stellung des geschilderten Erkenntnisses betrifft, so kann man zweifelhaft sein, ob in demselben ein rein konstitutives oder ein festsetzendes Urteil als vorliegend anzunehmen ist. Für beide Gesichtspunkte lassen sich Gründe anführen. Jedenfalls aber ist daran festzuhalten, dass die behandelte Entscheidung, mag sie der einen oder anderen Kategorie zugewiesen werden, in jeder derselben eine besondere Unterart für sich bilden muss.

1. Mit dem rein konstitutiven Urteil hat sie gemeinsam, dass sie den bisher gegebenen Rechtszustand verändert. Denn vor ihrem Erlass war der Unterhalt in Geld, jetzt ist er in Natur zu leisten. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses hat also eine Wandelung erfahren.

Abgesehen davon zeigt aber unsere Entscheidung gewisse Eigentümlichkeiten. Das konstitutive Urteil hat in den allermeisten Fällen rein negative Bedeutung. Es hebt eine bestimmte Rechtsbeziehung insgesamt auf. Es begnügt sich aber mit ihrer Aufhebung, d. h. es schafft an ihrer Stelle nicht etwas Neues. So wird z. B. durch das Ehescheidungsurteil das Rechtsverhältnis der Ehe nicht bloss modifiziert, sondern vollständig aufgelöst, ohne dass es durch eine andere Rechtsbeziehung ersetzt würde.

Dagegen wird im Falle des § 1612 Abs. 1 BGB. einerseits nicht das ganze Rechtsverhältnis, nämlich die Alimentenschuld, beseitigt, sondern nur die bisher vorgeschriebene Weise der Erfüllung. Und andererseits erschöpft sich das Urteil nicht in dieser negativen Funktion, sondern es ersetzt die aufgehobene Erfüllungsart — Geldleistung — durch eine andere — nämlich Naturalprästation. Es wird also das an sich fortbestehende Rechtsverhältnis in einer bestimmten Beziehung verändert.

2. Grössere Ähnlichkeit hat unsere Entscheidung mit den festsetzenden Urteilen im technischen Sinne; insofern als sie, wie diese, den Inhalt eines Schuldverhältnisses positiv ausgestaltet. Von den meisten Fällen derselben weicht sie aber darin ab, dass sie nicht den Umfang, sondern das Objekt der Leistung normiert.

Ausserdem unterscheidet sie sich ganz besonders von der-

---

Die Eigentümlichkeit ist hier nur, dass er nicht lediglich die an den ausserprozessualen Thatbestand geknüpfte Wirkung bestätigend feststellt, sondern an die Stelle der normalen Rechtsfolge einer bestimmten Thatsache — mit Erlaubnis des Gesetzgebers — eine andere treten lässt.

jenigen Kategorie der Festsetzungsurteile, bei welcher der Umfang der Leistung noch nicht oder nicht verbindlich bestimmt war (s. oben § 5 V 1 S. 133 f.). Denn während dort der Richter nichts vorfindet, was er vor Bestimmung des Leistungsmasses erst beseitigen müsste, ist in unserem Falle bis zu dem Urteil der Inhalt des Schuldverhältnisses vollkommen rechtsgültig normiert, da bis dorthin eine Geldverbindlichkeit besteht.

Demgemäss liesse sich das Erkenntnis des § 1612 Abs. 1 BGB. eher mit den Festsetzungsurteilen vergleichen, bei denen eine übermässig hohe Leistungspflicht herabgesetzt werden soll (s. oben § 5 V 2 S. 138 f.). Denn hier wie dort hat die Entscheidung die doppelte Funktion, dass sie den bisherigen Schuldinhalt aufhebt und durch einen anderen ersetzt.

Doch bleibt noch immer ein Unterschied bestehen. Bei den Festsetzungsurteilen nämlich beruht der Leistungsumfang, wie er durch das Urteil modifiziert werden soll, auf der Bestimmung der beteiligten Privaten, d. h. auf Rechtsgeschäft. In unserem Falle dagegen hat die der Veränderung unterstehende Erfüllungsart — nämlich Geldleistung — ihre Grundlage nicht in dem Willen der Partei, sondern in der allgemeinen Bestimmung des Gesetzgebers. Dort wird das Rechtsgeschäft, hier der Rechtssatz korrigiert.

Trotz dieser Verschiedenheiten, welche mehr nebensächliche Punkte betreffen, wird der Fall des § 1612 Abs. 1 BGB. wohl am besten der erwähnten Kategorie von Festsetzungsurteilen zugewiesen werden können.

III. Das hier behandelte Urteil hat nach den bisherigen Ausführungen die Aufgabe, die von dem Gesetze normalerweise gewollten Rechtsfolgen im Einzelfalle aus besonderen Gründen zu modifizieren. Eine solche Korrektur durch konkrete behördliche Massregel braucht aber nicht notwendig einem Urteil übertragen zu werden. Sie ist vielmehr regelmässig einem Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit überlassen. Sie gehört insofern zu den Funktionen, die an sich, d. h. nach ihrer allgemeinen Bedeutung, ebensogut in der einen als in der anderen Form erfüllt werden können.

Und ob sie bei einem einzelnen Institut dem einen oder anderen Gebiete zuzuweisen sei, entscheidet sich in letzter Linie nach Erwägungen der praktischen Zweckmässigkeit. Es sprechen hier für das Prozessverfahren einerseits, für den Weg der freiwil-

ligen Gerichtsbarkeit andererseits genau die gleichen Gründe, wie sie bereits früher bei Behandlung des konstitutiven Urteils näher dargelegt worden sind. S. oben § 3 II 1 S. 60f.

Hier soll nun zum Schlusse das Verhältnis der beiden Möglichkeiten nur noch an einem Beispiel gezeigt werden. Für den Fall nämlich, dass eine Ehe wegen beiderseitigen Verschuldens geschieden ist, wird die Frage, welchem Elternteile die Sorge für die Person des gemeinschaftlichen Kindes obliegt, durch das Gesetz prinzipiell geregelt. Nun kann es sein, dass im Interesse des Kindes aus besonderen Gründen eine abweichende Anordnung geboten erscheint.

Dieselbe könnte dann an sich sehr wohl im Wege des Prozesses getroffen werden, etwa zugleich mit dem Ehescheidungsurteil selbst. Und thatsächlich findet sich diese Behandlung in einer Reihe früher geltender Partikularrechte (vergl. die Nachweise in den Motiven IV S. 622 ff.). Hätte das BGB. den gleichen Standpunkt eingenommen, so läge genau die Urteilsart vor, wie sie in diesem Paragraphen erörtert worden ist. Das Gesetz würde die Folgen der Ehescheidung bezüglich der Kinder prinzipiell selbst normieren, dabei aber dem Prozessurteil die Aufgabe zuweisen, aus besonderen Gründen eine andere Bestimmung zu treffen.

In Wirklichkeit ist aber nach unserem geltenden Rechte diese Korrektur der allgemeinen gesetzlichen Folgen nicht dem Prozessrichter, sondern dem Vormundschaftsrichter übertragen. § 1635 Abs. 1 Satz 2. Dies ist aber, wie die ausführliche Begründung der Motive zeigt, nicht aus allgemeinen begrifflichen Gesichtspunkten, sondern aus Gründen der Zweckmässigkeit geschehen[127]).

---

127) Vergl. Motive IV S. 626f. Entscheidend war danach, dass der Vormundschaftsrichter auch sonst bei der Sorge für die Person der Kinder überwachend beteiligt ist, dass eine Verbindung der fraglichen Massregeln mit dem Rechtsstreit über die Ehescheidung aus formellen prozessualen Gründen ausgeschlossen ist (§ 615 Abs. 2 CPO.), und dass die Anordnung des Vormundschaftsgerichtes, weil sie der materiellen Rechtskraft entbehrt, jederzeit bei Änderung der Verhältnisse leichter verändert oder aufgehoben werden kann. Ob dieser letzterwähnte Gesichtspunkt nicht auch in dem Falle des § 1612 Abs. 1 BGB. die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes empfohlen hätte, mag hier dahingestellt bleiben.

---

ZWEITER ABSCHNITT.

# Die Urteile mit prozessrechtlichem Gegenstande.

## § 7. Die Arten der Urteile mit prozessrechtlichem Gegenstand überhaupt.

Die im Civilprozess ergehenden Entscheidungen beziehen sich, wie dies der wesentlichen Aufgabe der streitigen Gerichtsbarkeit entspricht, regelmässig auf privatrechtliche Thatbestände. Daneben giebt es aber auch eine Reihe von Erkenntnissen, die sich nicht auf materielle, sondern auf prozessuale Thatbestände beziehen. Hier wird der Gegenstand der Entscheidung nicht gebildet durch ein Rechtsverhältnis oder einen Anspruch des Privatrechtes, sondern durch eine Beziehung des Prozessrechtes. Der konkrete Rechtsstreit oder ein Teil desselben wird von der Beziehung zu seinem materiellen Objekte losgelöst, lediglich in seiner prozessualen Eigenschaft betrachtet, also gewissermassen nach dieser Richtung verselbständigt, und so zum Gegenstand eines besonderen Prozessverfahrens und Urteiles gemacht.

Das ergehende Erkenntnis hat dann, vom Standpunkte des materiellen Rechtes aus gesehen, keine selbständige Bedeutung. Es hat mit den materiellen Privatrechten überhaupt gar nichts zu thun, oder es steht doch zu ihnen nur in einer entfernteren mittelbaren Beziehung, indem es überhaupt oder zum Teil nur die prozessuale Seite eines Rechtsstreites betrifft, der seinerseits erst die materiellen Rechtsverhältnisse berührt. Es hat insofern nur eine Art von vorbereitender oder ergänzender, in diesem Sinne sekundärer Funktion. Es erfüllt nicht direkt die Hauptfunktion des Civilprozesses, nämlich Durchführung der Privatrechtsordnung. Vom allgemeinen begrifflichen Standpunkt aus handelt es sich aber auch in diesem Falle um eine regelrechte, vollgültige Entscheidung, welche den übrigen Civilurteilen nicht minder um deswillen gleichberechtigt zur Seite steht, weil sie einen anderen Gegenstand als diese betrifft.

Im folgenden sollen die geschilderten Entscheidungen — mit einem an sich nicht ganz korrekten Ausdruck — der Kürze halber als Prozessurteile bezeichnet werden.

Treten wir nun an eine Systematik jener Urteile über prozessuale Thatbestände ein, so müssen wir vor allem zwei Punkte im Auge behalten. Zunächst ist es natürlich für den Charakter der Entscheidung gleichgültig, in welchem Gesetze sie vorge-

sehen ist. Denn für die Einteilung der Gesetze geben, wie sich im Laufe der bisherigen Darstellung schon mehrfach gezeigt hat, nicht bloss theoretische Erwägungen, sondern vielfach Gesichtspunkte der Zweckmässigkeit den Ausschlag. So könnte man in Kodifikationen privatrechtlichen Inhaltes sehr wohl Urteile mit rein prozessualem Charakter — in der vorhin dargelegten Bedeutung — finden. Und so behandelt umgekehrt unsere CPO. gewisse Entscheidungen, die sich nicht auf prozessuale, sondern auf rein privatrechtliche Thatbestände beziehen. Beispiele unter I S. 150f.

Zum zweiten ist zu beachten, dass die betreffenden Urteile schon durch die Thatsache ihrer Existenz immer die prozessuale Situation verändern. Wird z. B. durch besonderes Erkenntnis — Zwischenurteil — die erhobene prozesshindernde Einrede als unbegründet zurückgewiesen, so ist hiermit die prozessuale Lage in wichtiger Beziehung modifiziert. Gleiches gilt beispielsweise, wenn die Nebenintervention für zulässig oder unzulässig erklärt, oder wenn die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zugesprochen wird. Überall ist die Rechtslage, allgemein betrachtet, nach der Entscheidung eine andere als vor ihrem Erlass. Und in diesem Sinne haben alle Prozessurteile eine gewisse konstitutive Bedeutung.

Allein dieser Gesichtspunkt darf nicht dazu verleiten, alle Erkenntnisse mit prozessualem Inhalt als konstitutive aufzufassen. Denn mit demselben Rechte müsste das Gleiche von den Civilurteilen überhaupt, insbesondere auch von den Entscheidungen über materiellrechtliche Thatbestände gelten, da auch hier schon die Existenz des Urteils als solchen eine irgendwie geartete Änderung der Rechtslage ausnahmslos nach sich zieht.

Vielmehr müssen wir nach einem anderen Einteilungsprinzip suchen. Als solches ergiebt sich uns das gleiche Kriterium, welches wir der Systematik der Urteile mit civilrechtlichem Thatbestande zu Grunde gelegt haben. Danach ist nicht massgebend der Umstand, ob durch das Urteil die Rechtslage im allgemeinen verändert wird. Sondern es kommt darauf an, wie sich das Urteil gerade zu der konkreten Rechtsbeziehung verhält, die seinen unmittelbaren Gegenstand bildet.

Dabei zeigen sich sofort erhebliche Unterschiede. Zum Teil wird jene Rechtsbeziehung als eine bestehende oder nicht bestehende deklariert. Zum Teil wird sie in ihrem Inhalte genauer

fixiert. In gewissen Fällen wird sie durch das Urteil verändert, beseitigt oder ersetzt, in anderen wiederum erst geschaffen u. s. w.

Wenn also auch durch das Prozessurteil die allgemeine Rechtslage immer irgendwie modifiziert wird, so gilt dies nicht für die besondere Rechtsbeziehung, über welche das Urteil ergeht. Diese wird nämlich nicht immer verändert, sondern unter Umständen auch lediglich bestätigend festgestellt. Wir begegnen also, um die früher vorgeschlagene Terminologie zu verwenden, auch hier einer Verschiedenheit der besonderen Urteilsfunktionen. Und diese ist es, die im folgenden für die Einteilung der Prozesserkenntnisse verwertet werden soll.

I. Zunächst sind aber zwei Urteile auszuscheiden, die zwar in Prozessgesetzen behandelt sind, die sich aber nicht auf prozessuale, sondern auf privatrechtliche Thatbestände beziehen.

1. Dahin gehört zunächst das Urteil, welches auf besondere Klage hin wegen veränderter Umstände die bisher bestehende Entmündigung aufhebt. § 679 CPO. Es handelt sich hier nicht um die Aufhebung des früheren Entmündigungsbeschlusses. Denn dieser ist wirksam ergangen, hat demgemäss bisher seine normalen Rechtsfolgen geäussert, und bleibt als solcher unberührt. Ebensowenig sollen dessen prozessuale Wirkungen beseitigt werden.

Vielmehr wird durch das Urteil lediglich die materielle Rechtslage verändert, nämlich der beim Entmündigten gegebene Zustand beschränkter oder ausgeschlossener Geschäftsfähigkeit aufgehoben. Die Entscheidung bildet also das Gegenstück zu dem Entmündigungsbeschlusse selbst. Sie hat, wie dieser, rein materiellrechtliche Bedeutung. Nur, dass sie die Geschäftsfähigkeit nicht beeinträchtigt, sondern wieder herstellt.

Sie gehört also zu den Urteilen über civilrechtliche Thatbestände. Und zwar hat sie nicht eine nur deklarative Natur. Denn sie stellt nicht fest, dass der Entmündigte bisher unbeschränkt geschäftsfähig war. Sondern sie hat konstitutiven Charakter. D. h. sie gewährt der Partei erst die bisher fehlende oder unvollständige Geschäftsfähigkeit. Sie hat gegenüber anderen Konstitutivurteilen lediglich die Eigentümlichkeit, dass durch sie nicht ein Rechtsverhältnis, sondern eine rechtlich erhebliche Eigenschaft verändert wird, und dass der zu beseitigende Zustand seinerseits die Folge eines richterlichen Aktes war.

2. In diesem Zusammenhang ist ferner zu erwähnen die Klage

auf Feststellung bestrittener Forderungen im Konkurse[128]) §§ 146ff. KO.

Auch hier bezieht sich das ergehende Urteil auf einen civilrechtlichen Thatbestand. Festgestellt wird in dem Prozesse lediglich das Bestehen der privatrechtlichen Forderung. Gegenstand desselben ist nicht etwa die Berechtigung des Gläubigers zur Teilnahme an dem Konkursverfahren. Denn diese beruht nicht auf dem Urteil, sondern auf dem darin zur Anerkennung gelangten materiellen Anspruch. Die Entscheidung hat also materiellen Charakter.

Und zwar ist sie feststellender Natur. Sie äussert freilich eine Wirkung, die dem Feststellungsurteil sonst nicht zukommt. Sie beseitigt nämlich die konkursrechtliche Wirkung des von einem anderen Gläubiger oder von dem Verwalter erhobenen Widerspruches. Sie ermöglicht dadurch die bisher ausgeschlossene Eintragung der festgestellten Forderung in die Konkurstabelle, und verschafft insofern dem Gläubiger einen Vollstreckungstitel.

Aber diese letztere Folge knüpft sich eben nicht unmittelbar an das Urteil, sondern an den Eintrag, der allerdings nur auf Grund des ersteren stattfinden kann. Das Erkenntnis selbst beschränkt sich auf die Deklaration des Anspruches. Und es wird nicht schon um deswillen zu einem konstitutiven Urteil, weil es im besonderen Falle die Voraussetzung für den Konstitutivakt der Tabellareintragung bildet[129]). Es liegt mit anderen Worten ein rein civilrechtliches Deklarativurteil mit qualifizierter Wirkung vor.

Hatten die beiden bisher behandelten Urteile privatrechtliche Verhältnisse zu ihrem Gegenstand, so beziehen sich die jetzt zu besprechenden Erkenntnisse sämtlich auf prozessuale Thatbestände.

II. Hervorzuheben sind zunächst diejenigen Prozessurteile (in dem früher S. 148f. dargelegten Sinne), denen rein deklarative Bedeutung zukommt.

Dieselben sind zwar seltener als die entsprechenden Fälle von Urteilen mit civilrechtlichem Inhalt. Denn während dort die Deklaration des Bestehens oder Nichtbestehens von Privatrechts-

---

128) Vergl. über diesen Fall Schultze, Konkursr. S. 101f.; Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 417 Anm. 61; Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 16 Anm. 23, auch Jäger § 146 Anm. 12, Ziff. 4 S. 552 mit weiterer Litteratur.

129) So Oetker, Grundbegr. I S. 576 in seinen übrigens sehr anregenden Erörterungen.

verhältnissen die eigentliche hauptsächlichste Frage des Rechtsstreites bildet, werden die einzelnen prozessualen Streitfragen, die sich bei einem bestimmten Verfahren ergeben, regelmässig nicht zum Gegenstand eines besonderen Rechtsstreits gemacht, sondern zusammen mit der Hauptsache entschieden. Immerhin giebt es Fälle, in denen bei dieser Sachlage besondere Entscheidungen ergehen.

Als Endurteile freilich treten dieselben nur in dem einen Falle auf, dass eine Klage wegen Begründetheit einer prozesshindernden Einrede oder aus anderen prozessualen Gründen als unzulässig abgewiesen werden. Hier wird festgestellt, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, unter denen es zu einer Prüfung und Entscheidung über die materiellrechtliche Frage kommen kann.

Häufiger als diese Form ist aber diejenige des Zwischenurteils. Ein solches kann z. B. feststellen, dass eine prozesshindernde Einrede begründet ist (§ 275 CPO.). Es kann die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Nebenintervention aussprechen (§ 71 CPO.). Es kann über die Rechtmässigkeit der Zeugnisweigerung Entscheidung treffen (§ 387 Abs. 1 und 3 CPO.). Es kann, wenn eine Partei sich auf eine bei dem Gegner befindliche Urkunde beruft, und dieser trotz zugegebenen Besitzes die Pflicht zur Vorlegung bestreitet, über die letztere Frage statuieren (§ 425 CPO.). Es kann sogar, über die Feststellung im engeren Sinne hinausgehend, einen Beteiligten zu einer Handlung verurteilen, so z. B. den Rechtsanwalt zur Herausgabe der ihm für eine bestimmte Zeit eingehändigten Urkunde (§ 135 Abs. 2 CPO.).

In allen diesen Fällen wird über eine bloss prozessuale Frage durch eine Entscheidung erkannt, die rein deklarativen Charakter hat. Denn überall wird lediglich festgestellt, dass etwas nach dem Prozessrechte bereits ist oder nicht ist. Dagegen soll nicht auf die betreffende prozessuale Beziehung in konstitutiv gestaltender Art eingewirkt werden.

III. Ein prozessuales Deklarativurteil mit qualifizierter Wirkung ergeht, wenn der Gläubiger, der ein Urteil erwirkt hat, und es nun vollstrecken lassen will, Klage „auf Erteilung der Vollstreckungsklausel“ erhebt[130]).

Gegenstand des Rechtsstreites ist hier nicht der materielle Anspruch, wie er in dem zu vollstreckenden Urteil festgestellt ist. Insbesondere auch nicht die Frage, ob der Anspruch gegenüber

130) Vergl. CPO. §§ 731, 738, 742, 744, 745 Abs. 2, 749, 796 Abs. 3.

etwaigen Rechtsnachfolgern, oder unter den jetzt vielleicht veränderten Umständen, noch besteht[131]). Ebenso wenig soll auf der anderen Seite der Richter unmittelbar durch seine Entscheidung die formelle Voraussetzung der Vollstreckung herstellen. Denn nicht er ist es, der durch einen Konstitutivakt dem zu verwirklichenden Urteil die Eigenschaft sofortiger Vollstreckbarkeit verleiht[132]).

Vielmehr wird die Vollstreckungsklausel, wie überhaupt, so auch hier, durch den Gerichtsschreiber erteilt. Erst die Handlung des letzteren hat also rechtsgestaltende, konstitutive Bedeutung, indem sie die bisher bedingte, befristete, oder nur zwischen anderen Personen zulässige Vollstreckung unbeschränkt ermöglicht. Das richterliche Urteil aber ist zwar die Voraussetzung für die Erteilung der Klausel und hat insofern eine qualifizierte Wirkung. Allein es ist seinem Gegenstand und seiner begrifflichen Natur nach lediglich deklarativ. Es stellt bloss fest, dass die Erfordernisse vorliegen, von denen die Vollstreckung des Urteils auch unter den veränderten Umständen abhängig ist[133]).

IV. Auch bei den prozessualen Urteilen ist, wie bei den Erkenntnissen mit privatrechtlichem Gegenstand, die Form der feststezenden Entscheidung im technischen Sinne möglich (s. oben § 5 S. 110 f.). Dieselbe begegnet uns namentlich bei dem Zwischenurteil des § 112 CPO.

Soll von einem Ausländer für die Prozesskosten Kaution gestellt werden, so wird „die Höhe der zu leistenden Sicherheit von dem Gerichte nach freiem Ermessen bestimmt". Dasselbe ist bei Bemessung des Umfanges zwar an die Normativbestimmungen des

131) Dies wird z. B. von Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 170 ff. angenommen. Allein die Frage der Existenz des Anspruchs ist bereits gelöst. Sie ist erneuter Feststellung weder bedürftig noch auch fähig. Was hier zu prüfen ist, ist lediglich die Frage der unmittelbaren Vollstreckbarkeit. Dass nur diese zu beantworten ist, zeigt sich, wenn die Voraussetzungen der Vollstreckung offenkundig sind oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Denn hier kann wohl nicht bezweifelt werden, dass der Gerichtsschreiber über die Existenz des zu vollstreckenden Anspruches selbst nicht zu entscheiden hat.

132) So z. B. Gaupp-Stein § 731 I: „Die Klage ist eine Rechtsgestaltungsklage prozessrechtlicher Art."

133) So auch Kohler, Zeitschr. 29, S. 13; Langheineken S. 167 f. Dies ist wohl auch in der von Hellwig S. 173 Anm. 34 als merkwürdig bezeichneten Entscheidung des Reichsgerichtes B. 11 S. 435 mit der Wendung gemeint, das Urteil — es handelte sich um die Vollstreckbarkeit gegenüber Rechtsnachfolgern — diene gewissermassen zum Ersatz der öffentlichen Urkunde über die Rechtsnachfolge.

§ 112 Abs. 2 CPO. gebunden, hat aber trotzdem nicht die Aufgabe, eine ihrer Höhe nach bereits feststehende Leistungspflicht zu deklarieren, sondern das bisher nicht fixierte Mass derselben seinerseits zu bestimmen. Es liegt also die Figur des festsetzenden Urteiles vor.

V. Zahlreicher als die bisher behandelten Fälle sind die konstitutiven Urteile mit prozessualem Inhalte. Es sind das solche Entscheidungen, die eine prozessuale Massregel überhaupt erst treffen, oder doch einen früheren Prozessakt modifizieren, sei es, dass sie diesen seinem ganzen rechtlichen Bestande nach aufheben, oder dass sie doch seine prozessuale Wirksamkeit zum Teil beseitigen oder dieselbe umgekehrt ergänzen.

Das Urteil geht hier nicht auf die Feststellung von etwas Vorhandenem, sondern auf die Begründung von etwas Neuem. Es ist unmittelbar und bestimmungsgemäss auf eine prozessuale Veränderung gerichtet. Es modifiziert in einer speziellen konkreten Beziehung die prozessuale Rechtslage, wie die konstitutiven Urteile civilrechtlichen Inhaltes auf die materiellen Verhältnisse gestaltend einwirken. Es erfüllt also, im Vergleich zu den übrigen Entscheidungen, eine Funktion ganz eigener Art, welche seine Einreihung in eine besondere Kategorie ohne weiteres rechtfertigt.

1. Die hierher gehörigen Erkenntnisse beschränken sich nicht etwa auf eine allgemeine Veränderung der Rechtslage überhaupt. Vielmehr muss sich hier die erstrebte Rechtsänderung auf eine ganz spezielle prozessuale Massregel beziehen, die durch das Urteil geschaffen, verändert oder aufgehoben werden soll. Die Entscheidung muss, um konstitutiv zu sein, einzelne besondere Prozessakte betreffen, die sie entweder ins Leben rufen oder in irgend einer anderen Art beeinflussen soll.

Welches können nun, rein begrifflich betrachtet, diese Akte sein? Als solche kommen, entsprechend den beiden Hauptbestandteilen der Rechtsverwirklichung, namentlich zwei Arten in Betracht: einerseits Massregeln der Rechtsprechung — Beschlüsse oder Urteile —, andererseits solche der Vollstreckung[134]). Diese beiden Arten von behördlichen Handlungen sind es denn auch, auf welche sich in unserem positiven Rechte die konstitutiven Prozessurteile beziehen.

Dabei sind wiederum zahlreiche Kombinationen möglich. Die

134) Vollstreckung wird hier in einer weiteren, den Arrest mit umfassenden Bedeutung verwendet.

konstitutive Entscheidung kann eine Vollstreckungsmassregel selbst enthalten. Sie kann einem Urteil die Vollstreckungsfähigkeit verleihen. Sie kann einem solchen umgekehrt diese Eigenschaft entziehen. Sie kann einen Akt der Rechtsprechung beseitigen — sei es, dass sie sich auf die Eliminierung desselben beschränkt, oder dass sie an dessen Stelle einen neuen setzt. Und sie kann endlich eine Vollstreckungsmassregel aufheben. Dass alle diese Möglichkeiten in der geltenden Rechtsordnung auch thatsächlich verwirklicht sind, wird sich aus den späteren Ausführungen ergeben.

2. Während die konstitutiven Urteile mit civilrechtlichem Inhalt als ziemlich seltene Gebilde bezeichnet werden mussten, sind die entsprechenden Entscheidungen mit prozessualem Charakter relativ weit zahlreicher.

Der Grund für diese Erscheinung ist folgender. Das Civilrecht wird, was zunächst die Herbeiführung eines positiven Rechtserfolges betrifft, die von den Parteien erstrebten Wirkungen regelmässig unbeschränkt an den ausserprozessualen Thatbestand knüpfen und nicht erst einen richterlichen Akt zu ihrer Herbeiführung für nötig erklären. Soweit aber ein Prozessakt aus irgendwelchen Gründen seine sonstigen normalen Wirkungen nicht unbeschränkt äussern kann, vielmehr noch einer Vervollständigung in dieser Richtung bedarf, ist es natürlich, dass die Ergänzung jenes Aktes in entsprechender Form, d. h. namentlich in Gestalt einer besonderen prozessualen Entscheidung zu treffen sein wird.

Das Gleiche gilt für die Aufhebung der Rechtsverhältnisse. Der Civilgesetzgeber wird, wenn ein Thatbestand den civilrechtlichen Erfordernissen nicht genügt, demselben von vorneherein die Wirksamkeit versagen — man denke an ein nichtiges Geschäft —, und in ähnlicher Weise wird er, wenn zwar bestimmte Rechtswirkungen zunächst gültig eingetreten, wenn aber nachträglich die Bedingungen ihrer Fortdauer weggefallen sind, die Beseitigung der bisherigen Rechtsverhältnisse ohne weiteres aussprechen können. Dies ist bereits früher dargelegt worden (s. oben S. 49f.).

Anders, wenn der mangelhafte Thatbestand eine Massregel des Prozessrechtes ist. Hier wird der betreffende Akt, obgleich er nicht in ordnungsmässiger Weise zu stande gekommen ist, dennoch vielfach nicht für unwirksam zuerklären sein. Vielmehr wird er, weil er von staatlichen Organen der Gerichtsbarkeit ausgeht, im Interesse der Autorität der behördlichen Massregeln,

trotz seiner Mängel zunächst in Kraft bleiben, bis er in entsprechender Weise, d. h. ebenfalls durch eine behördliche Massregel, und insbesondere durch ein Urteil, ganz oder zum Teil beseitigt wird.

In diesem Sinne besitzen die prozessualen Akte vielfach eine heilende Kraft. Sie unterliegen regelmässig nicht der absoluten Nichtigkeit. Sie gelten unabhängig von dem Vorliegen ihrer rechtlichen Voraussetzungen und haben insofern gewissermassen abstrakte Bedeutung. Demgemäss wird die Abhilfe gegen ihre etwaigen Mängel nicht in der Weise gewährt, dass ihnen unmittelbar kraft Gesetzes die Wirksamkeit entzogen wird, sondern in der Art, dass dem Interessenten die Möglichkeit verliehen ist, eine richterliche Entscheidung nachzusuchen, welche dem bisher gültigen Akte den rechtlichen Bestand im ganzen oder doch die Wirksamkeit in gewissen Richtungen entzieht[135]). Wie im Civilrechte der schwächeren (ausserprozessualen) Wirkung die weniger intensive (weil rein privatrechtliche) Abhilfe entspricht, so muss auf dem prozessualen Gebiete gegen die einschneidendere Entscheidung oder Vollstreckungsmassregel auch das stärkere Mittel des richterlichen Urteils gegeben sein.

Dieser Gesichtspunkt macht unter anderem auch die wichtige Erscheinung erklärlich, dass in unserem heutigen Civilprozess eine absolute Nichtigkeit des Urteils, d. h. eine solche, die von den Parteien und den Dritten ohne weiteres geltend gemacht werden könnte, nur in ganz wenigen vereinzelten Fällen besteht, dass vielmehr die mangelhafte Entscheidung nur im Wege eines besonderen Verfahrens durch förmliches Urteil beseitigt werden kann. Das Nähere unten im § 8.

3. Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass die konstitutive Entscheidung, wie überhaupt (s. oben S. 59 f.), so auch in den hierher gehörigen Fällen ein deklaratives Moment in sich schliesst. Der Richter ist auch bei ihnen an das objektive Recht gebunden. Er darf seinen Rechtsgestaltungsakt nur erlassen, wenn

135) Ein interessantes Gegenstück auf privatrechtlichem Gebiete bilden die abstrakten Geschäfte, bei denen eine Rechtsänderung eintritt, obgleich es an einer gültigen Causa fehlt, und bei denen daher die Abhilfe durch Verleihung des Rückforderungsanspruchs zu Gunsten des geschädigten Interessenten gesucht werden muss. Ähnlich verhält es sich in unserem Falle. Nur, dass hier sowohl die unbegründete Rechtsänderung als auch die Rückgängigmachung derselben durch eine Prozessmassregel herbeigeführt ist.



die hierfür aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Insofern enthält sein Urteil, wenn er der Klage stattgiebt, immer zugleich die Feststellung, dass die Bedingungen vorliegen, von denen der Erlass des Konstitutivaktes abhängig gemacht war.

Aber diese Erscheinung ist nichts, was unserem Urteil eigentümlich wäre. Sie kehrt bei jedem Erkenntnis, ja bei jedem richterlichen Akt überhaupt in der gleichen Weise wieder, da der Richter, indem er eine bestimmte Prozesshandlung vornimmt, damit zugleich, sei es ausdrücklich, sei es doch stillschweigend, die Zulässigkeit jener Handlung behauptet. Sie ist daher noch nicht genügend, um das Erkenntnis zu einem rein deklarativen zu stempeln. Denn die Feststellung bildet nicht den eigentlichen Inhalt des Urteils, ja nicht einmal den hauptsächlichen Bestandteil desselben. Vielmehr nimmt auf Grund jener Konstatierung der Richter, über sie hinausgehend, nun auch selbst noch die Rechtsänderung vor, die der Gesetzgeber von seiner Entscheidung abhängig macht. Und gerade diese Modifikation der konkreten Verhältnisse ist es, welche den begrifflichen Kern der richterlichen Entscheidung ausmacht und welche derselben ihr eigentümliches Gepräge verleiht.

Freilich ist eines zu beachten. Vom legislatorischen Standpunkt aus ist das konstitutive Urteil keineswegs die einzig mögliche Form. Denkbar wäre vielmehr auch eine andere Regelung. Der Gesetzgeber könnte die Ergänzung eines mangelhaften Prozessaktes, statt von einem konstitutiven, von einem deklarativen Urteil abhängig machen. Er könnte, wie jede andere Folge, so auch jene Ergänzungs- oder Verbesserungswirkung an die blosse Feststellung knüpfen, dass die früher getroffene Prozessmassregel unvollständig oder fehlerhaft sei. Dann läge — in der früheren Terminologie — ein Deklarativurteil mit qualifizierter Wirkung vor. Nicht der Richter, sondern der Gesetzgeber würde die vorliegende Prozesssituation vervollständigen oder beseitigen.

Man nehme z. B. den Fall, dass gelegentlich der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner die bei ihm vorgefundene Sache eines Dritten gepfändet wird. Dann kann der Gesetzgeber de lege ferenda die Beseitigung dieser Vollstreckungsmassregel in doppelter Weise ermöglichen. Entweder so, dass er bloss die Feststellung ihrer Unzulässigkeit durch den Richter verlangt, oder so, dass er dem Urteil die Aufgabe zuweist, über die blosse Konstatierung hinausgehend, *selbst* die Aufhebung des Vollstreckungsaktes unmittelbar herbeizuführen.

Ob von dem geltenden Rechte der eine oder andere Weg eingeschlagen worden ist, kann bei einzelnen Prozessinstituten zweifelhaft sein. Und in der That herrscht, gerade was die begriffliche Auffassung der hierher gehörigen Entscheidungen betrifft, in der Litteratur nicht wenig Streit. Bei Lösung solcher Zweifel würden folgende Gesichtspunkte zu beachten sein.

Zuerst ist auf die unmittelbaren Wirkungen des Urteils zu sehen, demgemäss insbesondere zu untersuchen, wie vor und nach demselben die prozessuale Rechtslage sich gestaltet. Ergiebt sich, dass eine Veränderung derselben überhaupt nicht oder doch höchstens in der Art eingetreten ist, dass die schon früher vorliegende Situation lediglich bestätigt wird, so ist ein konstitutives Urteil nicht anzunehmen. Stellt sich dagegen eine Modifikation der bisherigen Verhältnisse heraus, so ist weiter zu prüfen, ob dieselbe die mehr mittelbare Konsequenz, gewissermassen die Reflexwirkung, eines deklarativen Urteiles ist — auch dann wäre feststellende Entscheidung anzunehmen — oder ob sie nach dem Willen des Gesetzgebers und nach dem Inhalt des Urteils durch dieses selbst geschaffen werden soll. Ist dies der Fall, d. h. ist die Entscheidung nicht bloss auslösende Veranlassung, sondern wirkende Ursache für die eingetretene Veränderung, dann liegt ein konstitutives Erkenntnis vor.

Dabei wird der Wortlaut des Gesetzes, wenn auch nicht ausschlaggebende, so doch vielfach eine symptomatische Bedeutung haben. Ist z. B. die Rede von „Anfechtung“ (Genossenschaftsgesetz §§ 115, 111; CPO. §§ 664, 957, 974), von „Beseitigung“ (§ 588 Ziff. 3 CPO.), von „Änderung“ (§§ 323, 324 CPO.), von „Änderung oder „Aufhebung“ (§ 925 CPO.), so besteht eine starke Vermutung für das Vorliegen eines konstitutiven Urteils.

Für dasselbe wird man sich im Zweifel auch dann zu entscheiden haben, wenn sichere Anhaltspunkte nicht zu gewinnen sind. Denn hier wird die schon früher (oben S. 155 f.) dargelegte Erwägung durchzuschlagen haben, dass Rechtsprechungs- oder Vollstreckungsmassregeln als behördliche Akte trotz etwaiger Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit zu Recht bestehen, dass also Entscheidungen, welche ihre Wirkung ergänzen oder beseitigen, sich nicht auf blosse Feststellung beschränken, sondern, eben wegen ihrer weitgehenden prozessualen Wirkung, als rechtsgestaltend betrachtet werden müssen.

4. Wie die civilrechtlichen, so haben auch die prozessualen

Konstitutivurteile fast ausschliesslich negative Bedeutung. Sie sind meistens nicht auf positive Begründung einer Prozesswirkung, sondern auf Beseitigung einer solchen gerichtet.

Und zwar handelt es sich regelmässig um die Aufhebung von Massregeln, welche in die Rechtssphäre gewisser Privatpersonen schädigend eingreifen. Dem Betroffenen ist es dann durch die Rechtsordnung überlassen, im Wege des Prozesses Aufhebung der ihn beeinträchtigenden Massregel zu erwirken. Seine Klage hat insofern die Bedeutung eines Protestes gegen einen Rechtsprechungs- oder Vollstreckungsakt.

Und so hat man denn das juristische Wesen der hierher gehörigen Entscheidungen gerade darin gefunden, dass sie das Widerspruchsrecht eines Privaten verwirklichen. Die Klage des letzteren sei eine Widerspruchsklage gegen eine ihn beeinträchtigende Massregel der streitigen Gerichtsbarkeit. Und das Urteil, welches ihr stattgebe, erfülle, indem es die erstrebte Rechtsänderung herbeiführe, ein hierauf gerichtetes subjektives Recht des Klägers [136]).

Es kann nun nicht geleugnet werden, dass diesem Gesichtspunkt ein richtiger Kern innewohnt. Er umfasst in der That die meisten der hierher gehörigen Fälle, und er trägt namentlich dem Umstande Rechnung, dass die beabsichtigte Rechtsänderung im Interesse eines beteiligen Privaten und mit seinem in dem Antrag zum Ausdruck kommenden Willen erfolgt [137]). Allein er kann auf unbedingte Geltung keinen Anspruch erheben.

Zunächst nämlich giebt es Fälle, in denen die konstitutive Entscheidung einen positiven Inhalt hat, in denen sie also die Herbeiführung einer bestimmten prozessualen Wirkung erstrebt. Dies ist z. B. bei dem in Urteilsform gekleideten Arrestbefehl der Fall. Und Gleiches gilt von der Entscheidung, welche dem ausländischen Urteil im Inlande die Vollstreckbarkeit verleiht. Hier soll also nicht eine für den Privaten schädigende Massregel beseitigt werden. Es ist nichts gegeben, wogegen Protest zu erheben wäre, und es bleibt demgemäss für den Begriff des Widerspruchs kein Raum.

Sodann ist auch die Annahme eines subjektiven Widerspruchs-

---

136) Hellwig in für seinen für die betreffende Lehre sehr förderlichen Ausführungen in Anspruch und Klagrecht S. 488 ff., Lehrbuch S. 396 ff. (§ 62).

137) Das Gesetz selbst spricht aus dieser Erwägung heraus an einigen Stellen von einem „Widerspruch“, an anderen von einer „Anfechtung“.

rechtes nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Dass es sich bei diesem jedenfalls nicht um ein Privatrecht handeln kann, geben auch seine Vertreter zu. Ob aber ein publizistischer Anspruch vorliege, hängt ab von der grundlegenden Frage, ob es subjektive Rechtschutzansprüche überhaupt giebt, — einer Frage, die sich bei dieser Gelegenheit nicht nebenbei erledigen lässt.

Jedenfalls dürfte — und das sei hier bemerkt — sehr viel für die Ansicht sprechen, dass die Klage nicht der Ausfluss eines besonderen subjektiven Rechtes, sondern einer bestimmten, konkreten Handlungsfähigkeit sei, der Fähigkeit nämlich, unter den angegebenen Umständen ein erfolgreiches Urteil herbeizuführen, dass also letzteres ergeht, nicht weil der Kläger darauf ein Recht hat, sondern weil der Gesetzgeber es zulässt, und dass es nicht einen (subjektiven) Anspruch des Klägers verwirklicht, sondern — rein objektiv — eine vom Gesetze zu Gunsten des Klägers vorgesehene prozessuale Massregel trifft.

5. Die Beseitigung mangelhafter Prozessakte ist nicht notwendig einem besonderen Rechtsstreit überlassen. Ja, sie ist es sogar nur in einzelnen Ausnahmsfällen. Regelmässig giebt das Gesetz der beeinträchtigten Partei andere Rechtsbehelfe. Dahin gehören einfache Anträge, Einwendungen und Erinnerungen bei der Zwangsvollstreckung (§ 766 CPO.), dahin Anträge, welche auf eine bestimmte Art der Prozessleitung wenigstens anregend einwirken, dahin die formlose Anrufung des Gerichtes gegen Verfügungen des beauftragten oder ersuchten Richterkommissars (§ 576 CPO.), dahin der Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl oder Arrestbefehl. Vor allem aber sind hervorzuheben die Rechtsmittel unserer Civilprozessordnung [138]).

Gerade mit den letzteren hat nun aber die Klage, welche in unseren Fällen das konstitutive Urteil herbeiführen soll, eine grössere innere Ähnlichkeit. Auch sie erstrebt die Abänderung einer zu Unrecht ergangenen Prozessmassregel, welche ohne ausdrückliche Beseitigung durch Richterspruch ihre prozessuale Wirksamkeit äussern müsste. Demgemäss werden unsere Klagen vereinzelt in der Literatur — wenigstens dem Ausdrucke nach — als „Rechtsmittelklagen“ bezeichnet — Hellwig a. a. O. —, oder geradezu in ihrem juristischen Wesen für Rechtsmittel erklärt, die nur zufällig in die Form selbständiger Klagen eingekleidet seien [139]).

138) Vergl. Hellwig, Lehrb. S. 397.
139) Vergl. Kohler, Zeitschrift B. 29 S. 22.

Auch diese Auffassung birgt unbestreitbar einen richtigen Kern. Aber sie muss richtig umgrenzt werden. Gewiss nähern sich die hier behandelten Klagen den Rechtsmitteln insofern, als sie einen ähnlichen rechtlichen Zweck verfolgen, wie diese. Aber die Art, in welcher dieser Zweck erreicht wird, ist in beiden Fällen eine verschiedene. Zunächst giebt es, wie schon unter 4 dargelegt (s. oben S. 159), Fälle, in denen das konstitutive Prozessurteil nichts verbessern, sondern nur etwas begründen will. Sodann kann sich ein Rechtsmittel nur gegen Akte der Rechtsprechung, unsere Klage dagegen auch gegen solche der Vollstreckung richten.

Vor allem aber ist bei dem Rechtsmittel die zu korrigierende Entscheidung noch gar nicht endgültig in Kraft getreten, hier dagegen wohl. In dem ersteren Falle ist eine Entscheidung, welche die von ihr erstrebte prozessuale Wirksamkeit definitiv äussern würde, noch gar nicht ergangen; in unserem Falle liegt eine solche vor. Dort erscheint das erstinstanzliche Urteil nur als ein Versuch der Entscheidung, der in dem reformierenden Erkenntnis restlos aufgeht. Hier hat ein vollgültiges, rechtskräftiges Urteil bestanden, welches eine Zeit lang seine rechtliche Wirksamkeit geäussert hat, und dieselbe nunmehr verliert. Dort liegt, juristisch betrachtet, nur ein Urteil vor, dasjenige der letzten Instanz, während die übrigen als selbständige Erkenntnisse gar nicht in Frage kommen. Hier dagegen stehen sich zwei Entscheidungen gegenüber, von denen die erste bis zu ihrer Beseitigung ihre vollen Wirkungen entfaltet hat. Dort wird im Rahmen eines Verfahrens — von dem die Rechtsmittelinstanz nur als ein Teil erscheint — ein Urteil erzielt, welches allein gilt. Hier haben wir es mit zwei getrennten Prozessen und mit zwei selbständigen Entscheidungen zu thun.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Frage, wie sie in einem zweiten Verfahren zu entscheiden ist, ebensowohl schon bei Gelegenheit des ersten Prozesses Erledigung finden könnte. Denn, ob ein solcher — relativ unselbständiger — Punkt zum Objekt eines besonderen Verfahrens zu machen sei, ist eine blosse Frage der Zweckmässigkeit. Für die Einheit oder Mehrheit der Prozesse ist eben die positive Regelung des Gesetzes, nicht die grössere oder geringere Einheitlichkeit des zu entscheidenden Rechtsverhältnisses massgebend.

## § 8. Insbesondere die konstitutiven Urteile mit prozessrechtlichem Gegenstande.

I. Bei einer ersten Gruppe von konstitutiven Urteilen mit prozessualem Charakter ist die Rechtslage die folgende. Ein prozessualer Akt liegt noch nicht vor. Das Urteil hat aber die Aufgabe, einen solchen zu begründen, oder doch einen civilrechtlichen Thatbestand mit prozessualer Wirksamkeit auszustatten. Es besitzt also die Eigentümlichkeit, dass es zwar eine prozessuale Wirkung herbeiführt, dass es sich aber nicht auf einen schon früher ergangenen prozessualen Akt bezieht.

1. Hierher gehört zunächst das Urteil, welches nach vorhergegangener mündlicher Verhandlung einen sog. Arrestbefehl erlässt (§ 922 CPO.).

Dasselbe hat eine ganz eigentümliche Funktion. Es hat mit der früheren Prozesslage nichts zu thun. Denn entweder ist ein Rechtsstreit überhaupt noch nicht anhängig, oder er wird doch, wenn er bereits schwebt, durch den Arrest an sich gar nicht berührt. Vielmehr trifft das richterliche Erkenntnis unmittelbar selbst erst eine Vollstreckungsmassregel (im weiteren Sinne). Es begründet für den Antragsteller eine Sicherung, die für diesen bisher nicht bestand. Und es gehört insofern zu den Urteilen mit rechtsgestaltender Bedeutung.

Freilich zeigt das erwähnte Urteil eine Reihe von Besonderheiten. Zunächst setzt es nicht eine förmliche Klage, sondern ein einfaches Gesuch voraus. Sodann ist es in dem Sinne fakultativ, dass es nur bei vorausgegangener mündlicher Verhandlung erfolgt, über deren Anordnung oder Nichtanordnung das Ermessen des Gerichtes entscheidet. Ferner sind die Voraussetzungen des Erlasses in besonderer Weise geregelt (Arrestgrund, Arrestanspruch.

Weiterhin hat das ergehende Urteil nur provisorische Bedeutung, indem einerseits der Gegner durch Hinterlegung der im Urteil bestimmten Summe die Vollziehung des Arrestes hemmen oder rückgängig machen lassen kann, und indem andererseits der Arrest aufzuheben ist, wenn die Hauptsache nicht binnen einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist anhängig gemacht wird. Schliesslich hat die Entscheidung insofern einen ungewöhnlichen Inhalt, als sie einen prozessualen Akt ganz eigener Art begründet, nämlich eine Sicherungsmassregel trifft, die nicht mehr dem Gebiete der Rechtsprechung angehört, aber auch noch nicht der

Vollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne zugerechnet werden kann.

Trotz aller dieser Besonderheiten wird nicht zu bezweifeln sein, dass wir es in dem vorliegenden Falle nach dem Willen des Gesetzes mit einem regelrechten Endurteil zu thun haben, welches bei der Systematisierung der Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit nicht ausser acht zu lassen ist. Und da die Rechtslage nach seinem Erlass eine andere ist als vor demselben, so liegt bei ihm die früher entwickelte Figur des Konstitutivurteiles vor[140].

2. Des weiteren ist hier das Vollstreckungsurteil des § 1042 zu erwähnen, d. h. dasjenige Urteil, welches die Zwangsvollstreckung aus einem Schiedsspruch „für zulässig erklärt".

Der letztere ist an und für sich reiner Privatakt, der für den Prozess zunächst nur negative Bedeutung hat, indem er eine nochmalige Verhandlung und Entscheidung über die erledigte Streitfrage ausschliesst (§ 1040 CPO.). Dagegen besitzt er nicht die positive Fähigkeit, Grundlage für die staatliche Erzwingung der festgestellten Ansprüche zu sein. Vielmehr muss ihm eine solche Eigenschaft erst durch staatlichen Akt verliehen sein. Und diesem Zweck dient eben das Vollstreckungsurteil.

Dasselbe gehört zu den konstitutiven Entscheidungen. Zwar ist bei seinem Erlass der Richter in weitem Masse gebunden. Er darf die materielle Richtigkeit des Schiedsspruches im allgemeinen nicht überprüfen. Er kann ihm die Vollstreckbarkeit nur dann versagen, wenn derselbe auf eine verbotene Handlung gerichtet, oder unter Verletzung gewisser wesentlicher Verfahrensvorschriften zu stande gekommen ist (§ 1042 Abs. 2 verglichen mit § 1041 CPO.). Im übrigen muss er das Vollstreckungsurteil erlassen. So könnte es den Anschein haben, als ob sich das Erkenntnis darauf beschränkte, die Voraussetzungen, unter denen der Schiedsspruch vollstreckt werden kann, lediglich deklarativ festzustellen. Und man könnte sich hierfür namentlich auf den Wortlaut des Gesetzes berufen wollen: die Zwangsvollstreckung findet nur statt, „wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist".

---

140) Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 12 scheint die von ihm sog. „Arrestklagen", — zu denen er wohl auch den Antrag auf Arresturteil rechnen wird —, den Leistungs-, Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen als eine vierte Gruppe anreihen zu wollen. Ob für die Bildung einer solchen weiteren Kategorie ein besonderes Bedürfnis besteht, dürfte zu bezweifeln sein.

Allein eine solche Auffassung wäre unzutreffend. Dass unsere Entscheidung ein deklaratives Moment in sich schliesst, lässt sich zwar nicht leugnen. Ein solches findet sich aber bei allen, auch bei den konstitutiven Urteilen (s. oben S. 59f.). Es bildet aber nicht den wesentlichen Kern des Urteils. Dieses stellt in unserem Falle nicht eine bereits vorhandene Vollstreckbarkeit fest: eine solche kommt dem Privatakt im Zweifel nicht zu. Sondern es begründet sie erst. Es bestätigt nicht bloss, dass der Schiedsspruch vollstreckbar ist, sondern es will ihm selbst erst diese Eigenschaft verleihen. Es bewirkt, mit anderen Worten, eine direkte Veränderung der gegebenen konkreten Rechtslage. Darauf allein kommt es an. Denn für den Begriff des konstitutiven Urteiles ist entscheidend seine bestimmungsmässige und unmittelbare Wirkung, nicht dagegen die grössere oder geringere Bindung des Richters bei seinem Erlass, und noch weniger für sich allein der Wortlaut des Gesetzes[141]).

Freilich nimmt das dargelegte Vollstreckungsurteil im System eine ganz besondere Stellung ein. Einerseits gehört es zweifellos nicht zu den konstitutiven Urteilen mit civilrechtlichem Inhalt: denn seine Wirkung ist eine rein prozessuale, nämlich Vollstreckbarkeit. Andererseits unterscheidet es sich von den konstitutiven Prozessurteilen, denen es mit Rücksicht auf die rechtliche Natur seiner Folgen zugerechnet werden muss, doch in der Beziehung, dass es nicht die bisherige prozessuale Situation modifiziert, sondern sich auf einen civilrechtlichen Akt bezieht. Es nimmt demnach, indem es einem privatrechtlichen Vorgange prozessuale Wirksamkeit verleiht, eine Mittelstellung zwischen beiden Kategorien ein.

II. Das konstitutive Urteil kann auch die Aufgabe haben, die Wirksamkeit eines bereits vorliegenden Prozessaktes zu ergänzen. Dies ist der Fall bei der Entscheidung, welche dem ausländischen Urteile die Vollstreckbarkeit im Inlande verleiht. (§ 722 Abs. 1 CPO.).

Dieses Vollstreckungsurteil verändert ebenfalls unmittelbar und bestimmungsgemäss die Rechtslage. Denn während vor seinem Erlasse das ausländische Urteil im Inlande zwar rechts-

---

141) Dieser ist in unserem Falle ohnehin zweideutig. Denn „die Zulässigkeit der Vollstreckung aussprechen“ kann ebensowohl heissen: die bereits vorliegende Zulässigkeit bestätigen, als auch: die künftige Vollstreckbarkeit erst durch das Urteil begründen.

kräftig, aber nicht erzwingbar war, ist nunmehr auch die Vollstreckbarkeit der Entscheidung eingetreten. Damit sind aber die begrifflichen Merkmale der konstitutiven Entscheidung gegeben. Es gelten im übrigen alle die einzelnen Gesichtspunkte, wie sie bereits für die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches entwickelt worden sind (s. oben S. 163f.). Nur dass in unserem Falle nicht ein privater Akt, sondern ein Rechtsprechungsakt mit einer speziellen prozessualen Wirkung ausgestattet wird[142].

III. Das Gegenstück zu der eben behandelten Gruppe bilden die Urteile, welche einem Prozessakt eine bestimmte prozessuale Wirkung entziehen.

1. Als das wichtigste Beispiel erscheint das Urteil, welches einer Vollstreckungsgegenklage stattgiebt. § 767 Abs. 1 CPO.:

„Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht erster Instanz geltend zu machen."

Die Konstruktion dieses Falles verursacht gewisse Schwierigkeiten. Zunächst ist so viel sicher, dass durch die zweite Entscheidung das erste Urteil in seinem eigenen rechtlichen Bestande nicht berührt wird. Denn dasselbe ist vollkommen ordnungsmässig ergangen, da die Gründe, welche den festgestellten Anspruch nachträglich modifizieren, erst nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten sind. Das ursprüngliche Erkenntnis bleibt also an und für sich unverändert fortbestehen.

---

142) In der Litteratur wird meist Feststellungsklage angenommen. Vgl. statt aller Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 12f.; Gaupp-Stein § 722 III. Eine originelle Auffassung vertritt Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 174ff., der als Gegenstand unserer Klage — sofern das ausländische Urteil eine Kondemnation enthielt — den materiellen Anspruch auf Leistung ansieht, und die Klage unter denselben Gesichtspunkt bringt, wie diejenige auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§§ 731ff. CPO.). Allein diese Gleichstellung dürfte nicht ohne weiteres angebracht sein. Zunächst hat das inländische Urteil, dem nur die Vollstreckungsklausel fehlt, von vorneherein die prozessuale Eigenschaft der Vollstreckbarkeit im Inlande, wenn auch die faktische Vollstreckung von einem weiteren Zeugnis abhängt. Das ausländische Urteil dagegen hat noch gar nicht die Fähigkeit, im Inlande vollstreckt zu werden, und muss sich dieselbe erst noch durch das Urteil verleihen lassen. Sodann vollzieht in dem ersten Falle das Urteil, welches die Vollstreckungsklausel für zulässig erklärt, unmittelbar noch keine Änderung der prozessualen Rechtslage, da erst der Gerichtsschreiber es ist, der, wie bereits früher dargelegt, den Konstitutivakt seinerseits vornimmt (s. oben § 7 III S. 152f.). In unserem Falle dagegen ist die Modifikation der Prozesssituation unmittelbar an den Richterakt geknüpft.

Dagegen verliert dasselbe die ihm bisher innewohnende Eigenschaft der Vollstreckbarkeit. Der Gegenstand des zweiten Rechtsstreits ist also ein prozessualer. Es soll dem ergangenen Richterspruche, dessen Vollstreckbarkeit — unabhängig von der inzwischen stattgehabten Veränderung des festgestellten Anspruches — zunächst noch weiter dauert, diese Eigenschaft wegen modifizierter Umstände nunmehr entzogen werden.

Zwar wird zu diesem Behuf auch der Punkt untersucht, ob der privatrechtliche Anspruch noch besteht oder durch irgendwelche, nachträglich eingetretene Gründe beseitigt worden ist. Aber dieser Punkt bildet nicht das Hauptobjekt der Entscheidung. Vielmehr bedeutet er nur ein Element der weiteren Frage: ob — wegen Modifikation des Privatanspruches — die prozessuale Wirkung der Vollstreckbarkeit beseitigt werden soll. Und diese letztere Frage ist es, die allein zur Entscheidung steht.

Die Beseitigung der Vollstreckbarkeit könnte nun aber — de lege ferenda — auf doppeltem Weg erfolgen. Entweder so, dass die Unzulässigkeit der Vollstreckung festgestellt, oder so, dass die Vollstreckbarkeitswirkung aufgehoben wird. In dem ersten Falle würde es sich um ein deklaratives Urteil mit qualifizierter prozessualer Wirkung, in dem zweiten um ein konstitutives Urteil handeln (s. über diesen Gegensatz die Ausführungen auf S. 157 f.). Ob man nun im geltenden Rechte die eine oder die andere Form als verwirklicht ansieht, ist im praktischen Ergebnis ziemlich gleichgültig.

Theoretisch dürften für die zweite Auffassung überwiegende Gründe sprechen. Zunächst lautet das Urteil seiner Wortfassung nach regelmässig nicht auf blosse Feststellung, sondern auf Änderung der Rechtslage. Sodann aber ist es, was wichtiger erscheint, auch sachlich auf eine solche Modifikation gerichtet. Denn vor seinem Erlass war eine Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses gegeben, die nunmehr entfallen ist. Wo aber bestimmungsgemäss und unmittelbar eine konkrete prozessuale Massregel in ihren Wirkungen auf diese Weise beeinflusst wird, da ist im Zweifel konstitutive Entscheidung anzunehmen.

Unterstützt wird diese Auffassung in unserem Falle namentlich durch die Erwägung, dass der zuerst ergangene Richterspruch, eben wegen der ihm innewohnenden Eigenschaft eines behördlichen Aktes, seine Wirksamkeit unabhängig davon äussert, ob sich nachträglich die Rechtslage in irgend einer Beziehung verändert.

Er behält also nach der Auffassung des Gesetzgebers seine Vollstreckbarkeit bei, obgleich inzwischen vielleicht der zu befriedigende materielle Anspruch erloschen ist. Er wirkt gewissermassen abstrakt. Und es bleibt nur dem gefährdeten Schuldner die Möglichkeit, ihm durch Herbeiführung einer besonderen Entscheidung die prozessuale Durchführbarkeit zu benehmen.

Dazu genügt aber nicht eine blosse Feststellung, dass die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit beseitigt sind; — sonst könnte der Gesetzgeber, was offenbar nicht geschehen ist, ebensogut die Vollstreckbarkeit mit dem Wegfall des materiellen Anspruches ohne weiteres erlöschen lassen. Sondern es ist hierzu ein besonderer Aufhebungsakt, d. h. eben ein konstitutives Urteil, erforderlich[143]).

2. Einen ähnlichen Charakter haben die Fälle der §§ 782 bis 784 CPO.

Der Erbe kann auf Grund der ihm durch das bürgerliche Recht gewährten aufschiebenden Einreden (§§ 2014, 2015 BGB.) für gewisse Fristen die Beschränkung der Vollstreckung auf Arrestmassregeln verlangen (§ 782 CPO.). Er kann diese Reduzierung — vorausgesetzt, dass er nicht schon unbeschränkt haftet —, in Ansehung der Nachlassgegenstände gegenüber denjenigen Gläubigern verlangen, die nicht Nachlassgläubiger sind (§ 783 CPO.).

Er kann unter denselben Voraussetzungen, wenn Nachlassverwaltung angeordnet oder Nachlasskonkurs eröffnet ist, Vollstreckungsmassregeln, die zu Gunsten von Nachlassgläubigern in

---

143) Hier erweist sich also die Vorstellung von der abstrakten Natur des Prozessaktes als bedeutsam, kraft deren dieser unabhängig von dem Wegfalle seines materiellen Grundes weiter besteht, bis er durch einen zweiten Akt beseitigt wird. Vergleiche hierüber die obigen Ausführungen auf S. 155 f. Dortselbst ist auch auf die Ähnlichkeit mit dem privatrechtlichen Thatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung hingewiesen worden. Der Kläger, dessen Anspruch inzwischen erloschen ist, erfährt durch den fortwirkenden Vollstreckungstitel gewissermassen eine ungerechtfertigte Bereicherung (publizistischer Art), auf deren Beseitigung die Vollstreckungsgegenklage gerichtet erscheint. In diesem Sinne erscheint die Konstruktion von Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 258 f. so uneben nicht, welche geradezu von einer condictio sine causa spricht. Im übrigen nimmt die Litteratur überwiegend Feststellungsurteil an. So namentlich Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 14, Gesammelte Beiträge S. 467; Seuffert 8. Aufl. zu § 767 1a; Langheineken S. 179 ff. — daselbst auch weitere Litteratur. Für konstitutives Urteil erklären sich Gaupp-Stein, Komm. § 767 I, sowie Hellwig, Anspr. uud Klagr. S. 493 f.; Lehrbuch S. 397, 1d, der von Seuffert a. a. O. wohl zu Unrecht in einen Gegensatz zu Stein gestellt wird.

sein persönliches Vermögen erfolgt sind, aufheben lassen. Und bei der Nachlassverwaltung „steht dem Nachlassverwalter das gleiche Recht gegenüber Massregeln der Zwangsvollstreckung zu, die zu Gunsten eines anderen Gläubigers als eines Nachlassgläubigers in den Nachlass erfolgt sind“ (§ 784 CPO.). Überall ist zu den angegebenen Zwecken eine der Vollstreckungsgegenklage nachgebildete, besondere Klage zu erheben (§ 785 CPO.).

Auch hier hat die ergehende Entscheidung konstitutive Natur.

a) In den zuletzt erwähnten Fällen erstrebt sie die Beseitigung von Vollstreckungsmassregeln, die gegenüber einer bestimmten Vermögensmasse bereits erfolgt sind[144]). Sie will freilich hier, anders als die eigentliche Vollstreckungsgegenklage, nicht die Vollstreckbarkeit des Urteiles überhaupt aufheben, wohl aber den Umfang der Exekution derart beschränken, dass letztere nicht in das persönliche Vermögen oder in den Nachlass erfolgt, und dass mithin Massregeln, welche diese Vermögensmassen bereits ergriffen haben, wiederum rückgängig gemacht werden sollen.

b) In dem ersten Falle verhält es sich ähnlich, nur dass dort nicht das Objekt der Vollstreckung, sondern ihre Intensität vermindert werden soll. Der Gläubiger soll, statt der Exekutionsakte, nur Arrestmassregeln erwirken dürfen. Hat er bereits Vollstreckungsmassregeln vornehmen lassen, so werden dieselben auf den Arrestvollzug, d. h. im wesentlichen auf Sicherungsmassregeln reduziert. Hier kann die konstitutive Natur des Urteils nicht angezweifelt werden.

Dieselbe ist aber auch dann anzunehmen, wenn seitens der Gläubiger noch gar nichts geschehen ist. Denn in diesem Falle wird zwar nicht ein konkreter Akt, wohl aber die prozessuale Eigenschaft der Vollstreckbarkeit überhaupt beschränkt. Die Rechtslage ist die, dass die erste Entscheidung — bis zum Erlass des zweiten Urteils — grundsätzlich unbeschränkt vollstreckt, d. h. nicht bloss zum Sicherungs-, sondern zum Befriedigungszwecke verwertet werden kann. Das Ziel des zweiten Erkenntnisses ist dann gerade darauf gerichtet, jene weitergehende prozessuale Wir-

---

144) Da hier eine Vollstreckungsmassregel in toto beseitigt wird, so gehört dieser Fall eigentlich nicht hierher, sondern unter IV 1b S. 172f. Nur wegen des Zusammenhanges mit den anderen (§§ 782, 783 CPO.) wird er an dieser Stelle mit behandelt.

kung zu ermässigen, und den Vollstreckungstitel zu einem blossen Arresttitel herabzustimmen[145])

3. In diesen Zusammenhang gehört wohl auch der § 768 CPO. Der Gläubiger hat Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erhoben. Derselben ist stattgegeben worden, weil die gesetzlichen Voraussetzungen, die in Wirklichkeit nicht bestanden, zu Unrecht als vorliegend angenommen wurden. Dann kann der Schuldner im Wege einer besonderen Klage die Beseitigung der erteilten Klausel herbeiführen.

Das Urteil ist auch hier konstitutiv. Es beseitigt zwar hier nicht die zu vollstreckende Entscheidung. Ebensowenig hebt es deren Vollstreckbarkeit überhaupt auf. Wohl aber eliminiert es die Vollstreckungsklausel, d. h. das formelle Zeugnis, welches bisher zur Exekution verwertet werden konnte, durch dessen Beseitigung aber die faktische Vollstreckung verhindert wird[146]).

IV. Bei der letzten und wichtigsten Art der konstitutiven Urteile wird ein prozessualer Akt nicht bloss hinsichtlich seiner Wirkung ergänzt (II) oder beschränkt (III), sondern in seinem ganzen rechtlichen Bestande aufgehoben.

Der Einfluss auf eine früher erfolgte Prozessmassregel ist also ein weit intensiverer als in den bisher behandelten Fällen. Dieselbe bleibt nicht, wie dort, zum Teil oder gar mit verstärkter Wirksamkeit bestehen, sondern sie wird restlos beseitigt[147]). Und mit ihr als der wirkenden Ursache entfallen, wenigstens für die Zukunft, auch ihre gesamten prozessualen und sonstigen Wir-

---

145) Auch hier begegnet uns der gleiche Gegensatz der Auffassungen, wie bei der Vollstreckungsgegenklage. Vergl. einerseits Seuffert §. 782, 3b S. 424 mit Gaupp-Stein § 782 I a. E. und Hellwig, Lehrb. S. 398, 2a, Anspr. und Klagr. S. 508f., der allerdings die Klage solange ausschliessen will, als nicht bereits konkrete Vollstreckungsmassregeln erfolgt sind.

146) So auch im wesentlichen Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 493ff.

147) Als Thatsache kann sie, wie jedes Geschehen überhaupt, natürlich nicht rückgängig gemacht werden. Wohl aber lässt sie sich als Rechtsgebilde beseitigen derart, dass sie kraft des Aufhebungsurteiles als ein rechtlich wirksamer Thatbestand nun nicht mehr anerkannt wird. Sucht man nach einer privatrechtlichen Analogie, so ist das nächstliegende Vergleichsstück das Rechtsgeschäft, durch welches ein früheres Rechtsgeschäft „aufgehoben" wird. Auch dort kann das letztere als geschichtliches Faktum nicht beseitigt werden, wohl aber als rechtlich wirksamer Thatbestand. Und wie dort die vollständige rechtliche Eliminierung des Geschäftes mit allen seinen Wirkungen erfolgen kann, so wird auch in unserem Falle der frühere Prozessakt in seiner Gesammtheit rechtlich vernichtet.

kungen. Gerade in den hierher gehörenden Fällen tritt uns wegen der radikalen Rechtsänderung, wie sie mit dem richterlichen Urteil verknüpft ist, die konstitutive Natur desselben mit besonderer Klarheit entgegen.

Die fraglichen Erkenntnisse lassen sich in zwei deutlich unterschiedene Kategorien einordnen.

1. Bei der einen beschränkt sich das Urteil auf die Beseitigung des früheren Prozessaktes, ohne ihn durch einen anderen zu ersetzen. Es hat insofern rein negative Bedeutung. Es hebt die vorhandene behördliche Handlung auf, lässt aber an ihre Stelle nicht einen anderen Akt gleicher Art treten.

Der klagende Interessent leidet unter der blossen Existenz der zu beseitigenden Massregel. Er ist durch ihr Sein, nicht durch ihr Sosein geschädigt. Und er erstrebt deshalb lediglich ihren Wegfall, nicht ihre Verbesserung. Die Rechtslage nach Erlass des Urteils ist also, wenigstens auf die Zukunft gesehen, genau die gleiche, als ob die frühere Massregel niemals bestanden hätte. Sie ist nicht etwa so zu betrachten, als ob eine solche mit anderem Inhalte stattgefunden hätte.

Innerhalb dieser Konstitutivurteile mit negativem Inhalt kann man nun wiederum unterscheiden, je nach der Art der zu beseitigenden Massregel.

a) Dieselbe kann eine richterliche Entscheidung sein.

α) Dies ist zunächst der Fall bei dem Urteil, welches den Entmündigungsbeschluss auf sog. Anfechtungsklage hin aufhebt (§§ 664, 672, 684 CPO.).

Die Konstruktion ist die folgende. Der Beschluss hat, wenngleich zu Unrecht erlassen, dennoch seine volle Wirksamkeit erlangt. Er ist nicht etwa, wie die nichtige Ehe, als ein Gebilde zu betrachten, das zwar als gültig zu behandeln ist, aber in Wirklichkeit der Gültigkeit entbehrt. Vielmehr ist er, seinem inneren Wesen nach, trotz der Mängel seines Zustandekommens, als durchaus wirksam ins Leben getreten. Den Interessenten — unter Umständen auch dem Staatsanwalt als Vertreter des Staates — steht aber die Befugnis zu, die Beseitigung des Beschlusses, eben mit Rücksicht auf dessen Fehlerhaftigkeit, herbeizuführen.

Das landgerichtliche Urteil stellt also nicht die Unwirksamkeit des Beschlusses fest — denn eine solche war bisher nicht gegeben —, sondern es begründet erst dieselbe. Dies folgt aus der Natur der Sache wie aus dem Wortlaut des Gesetzes. § 672 Satz 1:

... „so ist der die Entmündigung aussprechende Beschluss aufzuheben“[148]).

Das Urteil ist es also, welches den Entmündigungsbeschluss aufhebt. Damit soll ein Doppeltes gesagt sein. Einmal beschränkt es sich auf die Beseitigung des Beschlusses. Es setzt nicht etwa eine richtigere Entscheidung an die Stelle. Es darf z. B. nicht, wenn zwar die Entmündigung wegen Geisteskrankheit unbegründet, diejenige wegen Geistesschwäche dagegen gerechtfertigt erscheint, mit der Aufhebung der ersteren auch positiv die letztere anordnen. Es schafft den Beschluss, ohne ihn irgendwie zu verbessern, lediglich aus der Welt mit der Wirkung, als ob er nie bestanden hätte — von der Sonderbestimmung des § 115 BGB. kann abgesehen werden. Es hat also immer einen negativen Inhalt in dem dargelegten Sinne.

Und zum andern. Aufgehoben wird der Entmündigungsbeschluss selbst, nicht bloss dessen prozessuale oder materielle Wirkung. Dadurch grenzt sich unser Institut von verwandten Gebilden deutlich ab. Einerseits von den unter III (oben S. 165f.) behandelten Fällen, bei denen eine Massregel zwar ihre prozessuale Wirksamkeit zum Teil verliert, im übrigen aber, weil zu Recht ergangen, vollkommen in Kraft bleibt; andererseits von der Wiederaufhebung der Entmündigung, bei welcher lediglich die privatrechtliche Folge der ordnungsmässig stattgehabten Entmündigung aufgehoben wird (s. oben § 7 S. 150).

Während wir es in dem zuletzt erwähnten Falle mit zwei Entscheidungen zu thun haben, von denen die erste durchaus korrekt ergangen ist und der zweiten daher an und für sich gleichberechtigt gegenübersteht, ist bei der Entmündigungsanfechtung das Verhältnis ein anderes. Hier wird der Beschluss, der trotz Mangels seiner gesetzlichen Voraussetzungen erlassen ist, aus diesem Grund in seinem ganzen rechtlichen Bestand mitsamt allen seinen prozessualen und materiellen Wirkungen aus der Welt geschafft, so

---

148) Es verhält sich ähnlich, wie bei der privatrechtlichen Anfechtbarkeit, bei welcher ebenfalls das mangelhafte Geschäft zunächst seine rechtliche Wirksamkeit entfaltet, aber durch den Konstitutivakt der Anfechtung in der Weise verliert, als ob es von vorneherein nichtig gewesen wäre. Diese naheliegende Analogie hat denn auch den Gesetzgeber veranlasst, in diesem wie in anderen — ähnlich gelagerten — Fällen von einer „Anfechtung im Wege der Klage“ zu sprechen (§§ 664, 684 CPO.).

dass im letzten Ergebnis die Situation genau die gleiche ist, als wären beide Entscheidungen nicht ergangen[149]).

*β*) Genau die gleichen Gesichtspunkte gelten für das Erkenntnis, welches auf Anfechtungsklage hin das im Aufgebotsverfahren ergangene Ausschlussurteil beseitigt (§ 957 CPO.).

Zwar besteht hier die Besonderheit, dass nicht ein Beschluss, sondern ein Urteil aufgehoben wird, dass ferner die sog. Anfechtungsklage regelmässig nicht wegen materieller Unrichtigkeit des Ausschlussurteils[150]), sondern nur wegen gewisser formeller Mängel desselben oder des vorhergegangenen Verfahrens zugelassen ist (§ 957 Abs. 2 CPO.), und dass sich endlich die Prozedur wegen des Mangels öffentlichen Interesses in gewissen Beziehungen anders gestaltet als bei der Anfechtung der Entmündigung.

Diese mehr nebensächlichen Punkte berühren aber die konstitutive Natur des Aufhebungsurteils in keiner Weise[151]).

b) Der Aufhebung durch konstitutives Urteil können auch Vollstreckungstitel unterliegen, die nicht richterliche Entscheidungen sind.

*α*) Dies gilt zunächst für die Beseitigung des Schiedsspruchs, zu welchem bereits das Vollstreckungsurteil ergangen ist (§ 1043 verglichen mit § 1041 Ziff. 6). Hier wird durch das ergehende zweite Urteil der vollstreckbare Schiedsspruch, d. h. nicht bloss ein privatrechtlicher Akt, sondern mit ihm zugleich ein Vollstreckungstitel beseitigt. Im übrigen folgt die konstitutive Eigenschaft des Aufhebungsurteiles aus den gleichen Gründen, wie sie bereits unter a (S. 170f.) dargelegt sind[152]).

---

149) Über die konstitutive Natur des Urteils s. Hellwig, Anspruch und Klagr. S. 500f.; Lehrb. I S. 398; Seuffert I S. 349*β*, sowie II S. 241; Gaupp-Stein, Komm. I S. 514; Stein in Birkmeyers Encyklopädie S. 1173.

150) Eine Ausnahme gilt für die Todeserklärung nach § 973 CPO.

151) Wie hier Hellwig, Anspruch S. 502b; Lehrb. S. 398f.; Gaupp-Stein I S. 514 und zu § 957 II 1; Seuffert § 253*β*; Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserkl. S. 56, 57; Langheineken S. 263 mit weiterer Litteratur.

152) So auch Hellwig, Anspruch uud Klagrecht S. 505ff. (mit weiteren Citaten); Lehrbuch S. 397, 1c; Gaupp-Stein II S. 884; auch Langheineken S. 243. Wie steht es, wenn der Schiedsspruch noch nicht vollstreckbar ist? Hier kann nach § 1041 CPO. seine Aufhebung verlangt werden, und zwar aus weit zahlreicheren Gründen, als nach Erlass des Vollstreckungsurteils. Die ergehende Entscheidung wird auch in diesem Falle als eine konstitutive anzusehen sein. Das Gesetz spricht bezeichnender Weise von einer „Aufhebung“ des Schiedsspruchs. Und auch sachlich erscheint der letztere, obgleich er nicht ordnungsmässig zu stande gekommen ist, dennoch zunächst als ein wirksamer privatrecht-

β) Zu erwähnen ist ferner auch der Fall des § 111 des Genossenschaftsgesetzes. Im Konkurse der Genossenschaft hat der Konkursverwalter eine Berechnung über die Beiträge aufzustellen, welche die Teilnehmer zur Deckung der fehlenden Summe vorschussweise zu leisten haben. Ist diese Berechnung für vollstreckbar erklärt, so kann sie von jedem Genossen im Weg der Klage gegen den Konkursverwalter angefochten werden.

Das stattgebende Urteil hat, soweit es die Beseitigung des Vollstreckungstitels anordnet, unbestreitbar konstitutive Bedeutung. Und zwar gehört es, wenn es sich auf die Beseitigung beschränkt, in diesen Zusammenhang. Sofern es aber, was die Regel sein wird, die angegriffene Berechnung zugleich positiv berichtigt, d. h. durch eine bessere ersetzt, muss es zu der unter 2 behandelten Kategorie gerechnet werden[153]).

Als Gegenstück interessant ist die Klage, durch die ein Widerspruch gegen den Teilungsplan gemäss § 878 CPO. geltend gemacht wird. Die juristische Natur der ergehenden Entscheidung ist sehr zweifelhaft. Ich neige dazu, auch hier konstitutives Urteil anzunehmen. Die Aufstellung des Teilungsplanes ist ein richterlicher Akt und zwar ein solcher der Vollstreckung. Er hat allerdings die Eigentümlichkeit, dass er nicht den Bestand der konkurrierenden Ansprüche, sondern nur die Reihenfolge ihrer Befriedigung festsetzt, und auch dies nur in der Weise, dass die spätere Geltendmachung eines besseren Rechtes durch den geschädigten Teilungsinteressenten nicht ausgeschlossen ist. Sodann ist der Teilungsplan in dem Sinne provisorisch, dass er lediglich einen Versuch darstellt, ob sich die Interessenten der vorgeschlagenen Teilungsart unterwerfen wollen. Er gilt deshalb, solange nicht ein Widerspruch erhoben und im Wege des Prozesses

---

licher Akt. Er ist so lange für die Parteien verbindlich, als er nicht durch Richterspruch beseitigt ist. Und daran ändert auch die Thatsache nichts, dass er auf klagmässiges Verlangen eines Interessenten aufgehoben werden muss. Denn die gleiche Erscheinung kehrt bei allen konstitutiven Urteilen wieder, deren Voraussetzungen ebenfalls überall durch das objektive Recht geregelt sind, und, wenn sie im einzelnen Falle verwirklicht sind, den Richter zum Erlass der Entscheidung schlechthin zwingen. — Für den zuletzt behandelten Fall nimmt Langheineken S. 190 f. negative Feststellungsklage an. Allein, will man ein konstitutives Erkenntnis nicht annehmen, so liegt auf der anderen Seite gewiss auch nicht eine reine Feststellung, sondern höchstens ein Auslösungsurteil der in § 4 (s. oben S. 85 f.) behandelten Art vor.

153) Wie hier Hellwig, Anspruch S. 493, f.; Langheineken S. 265.

erfolgreich durchgeführt ist. Die darauf gerichtete Klage hat also den Zweck, auf den zunächst wirksamen Teilungsplan in irgend einer Weise einzuwirken. Und die zusprechende Entscheidung stellt nicht bloss die Begründetheit des Anspruches fest, sondern sie spricht zugleich, darüber hinausgehend, die Aufhebung des Teilungsplanes bezw. dessen Verbesserung aus.

Es liegt mithin nicht bloss ein Feststellungsurteil mit qualifizierter Wirkung vor. Die Sachlage ist nicht so aufzufassen, als ob der Richter lediglich die Unrichtigkeit des Teilungsplanes konstatierte, und als ob der Gesetzgeber die Beseitigung desselben an jene Feststellung knüpfen würde. Sondern das Urteil selbst ist es, welches bestimmungsgemäss und unmittelbar die konkrete Rechtslage modifiziert. Wir haben es also auch hier begrifflich mit einem konstitutiven Urteil zu thun, welches freilich keine richterliche Entscheidung, ebenso wenig einen anderen Vollstreckungstitel, sondern einen Vollstreckungsakt ganz eigener Art, nämlich den Teilungsplan, beeinflusst.

Soweit durch das Urteil der Plan unmittelbar berichtigt, d. h. zugleich bestimmt wird, „an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Teil der Masse auszuzahlen sei“ (§ 880 Satz 1 CPO.), liegt ein ersetzendes (verbesserndes) Urteil der unter 2 behandelten Art vor. Soweit er bloss beseitigt wird, d. h. soweit nur die Anfertigung eines neuen Planes und ein weiteres Verteilungsverfahren angeordnet wird (§ 880 Satz 2 CPO.), ist ein reines Aufhebungsurteil gegeben, und zwar ein solches, das eine Vollstreckungsmassregel betrifft [154]).

---

154) Man könnte meinen, der eben behandelte Fall sei begrifflich ebenso aufzufassen, wie das Konkursfeststellungsurteil (vergl. § 146 KO. und oben § 7 I 1 S. 150 f.). Allein die Sachlage ist eine andere. Im Konkurse ist — wenigstens der Regel nach — für den Gläubiger ein Titel noch gar nicht vorhanden, sondern er muss erst erlangt werden durch die Feststellungsklage, genauer durch die auf Grund des Urteils erfolgende Eintragung in die Tabelle. Das ergehende Urteil ändert also nichts an einem schon gegebenen Prozessakt — denn ein solcher liegt noch gar nicht vor. Die Sachlage ist die, dass eine Forderung nicht zur (konkursmässigen) Befriedigung kommt, wenn sie dem Widerspruch gegenüber nicht rechtskräftig festgestellt wird. — Anders in unserem Falle. Hier ist in dem Plan die Grundlage für eine bestimmte Art der Verteilung gegeben. Diese Grundlage muss, wenn die Verteilung in anderer Art stattfinden soll, durch besonderen Richterakt entkräftet werden. Es ist also hier etwas gegeben, das durch das Urteil beseitigt oder verändert werden soll. Die Formel ist demnach die umgekehrte, wie vorhin: die Befriedigung der Forderung findet in der festgesetzten Weise statt, wenn der Teilungsplan nicht aufgehoben bezw. verbessert wird.

c) Damit gelangen wir zu einer dritten Kategorie. Das aufhebende Konstitutivurteil kann sich nämlich auch beziehen auf einen Exekutionsakt, wobei die Vollstreckung in einer weiteren, auch die Sicherungsmassregeln in sich schliessenden Bedeutung verstanden wird.

α) Der typische Fall dieser Art ist die Widerspruchsklage des § 771 CPO.

„Behauptet ein Dritter, dass ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage .... geltend zu machen".

Die Konstruktion dieses Institutes ist viel erörtert, aber äusserst bestritten. Der heutige Stand der Lehre ist der, dass die privatrechtliche Theorie, welche in der Klage die Geltendmachung des Eigentums oder des sonstigen verletzten Rechtes eines Dritten erblickt, fast allgemein verworfen wird.

Vielmehr handelt es sich — darüber herrscht heute fast völlige Übereinstimmung — um ein rein prozessuales Gebilde, welches den Zweck hat, einen unberechtigten Eingriff des Vollstreckungsaktes in die Rechtssphäre des Dritten zu beseitigen. Dazu muss allerdings auch untersucht werden, ob das Eigentum oder das sonstige Privatrecht, welches von der Exekution ergriffen wird, dem Dritten in Wirklichkeit zusteht. Dieser Punkt bildet aber nicht den eigentlichen Gegenstand des Rechtsstreites, sondern eine Vorfrage für die Aufhebung des Vollstreckungsaktes. Und die Aufhebung ist es, welche die Hauptfrage des Prozesses und des erstrebten Urteiles bildet. Drücken wir den Gegensatz mit den Worten des Gesetzes aus, so ist es nicht das behauptete „die Veräusserung hindernde Recht", sondern der „Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung", worüber in dem Prozesse rechtskräftig entschieden werden soll.

Geht man von diesem Gesichtspunkt aus, so kehrt auch hier die Alternative wieder, die uns schon wiederholt begegnet ist (s. oben S. 157 f.). Der Gesetzgeber kann de lege ferenda den Vollstreckungs-

— Immerhin ist die Konstruktion lebhaft umstritten. Die herrschende Ansicht nimmt Feststellungsurteil an. S. die Citate bei Langheineken S. 264, auch Gaupp-Stein 4. Aufl. § 878 II und B. I S. 514, und Kohler, Zeitschr. B. 29 S. 15. Konstitutivurteil nehmen an Hellwig, Anspruch und Klagr. S. 502 f.; Lehrbuch I S. 398, g und Anm. 14; Langheineken a. a. O.; Weismann, Feststellungsklage S. 264; Seuffert, Komm. 8. Aufl. I S. 349 β; Flechtheim, Zeitschr. Bd. 25 S. 430.

akt in doppelter Weise eliminieren. Entweder so, dass er hierzu die blosse Feststellung seiner Unzulässigkeit genügen lässt; oder so, dass er dem Richter die ausdrückliche Aufhebung der Massregel überträgt. In dem ersteren Falle wäre deklaratives, in dem zweiten konstitutives Urteil anzunehmen. Ob die eine oder andere Form zum geltenden Recht erhoben sei, kann sehr zweifelhaft erscheinen. M. E. dürften für die letztere Auffassung überwiegende Gründe sprechen.

Zunächst der Wortlaut des Gesetzes, dann die Natur der Sache, vor allem der schon früher (S. 155f.) entwickelte Gesichtspunkt, dass der Vollstreckungsakt, obgleich er von Rechtswegen nicht erfolgen durfte, dennoch wegen seines behördlichen Charakters seine Wirksamkeit behalten soll, bis er durch einen formellen Prozessakt beseitigt ist. Im Interesse einer Erleichterung der Vollstreckungsthätigkeit ist den Exekutionsorganen ermöglicht, auch solche Gegenstände zu ergreifen, deren Zugehörigkeit zum schuldnerischen Vermögen unersichtlich oder doch zweifelhaft ist. Und dementsprechend ist es dem verletzten Dritten überlassen, seinerseits die stattgehabte Massregel anzugreifen. Letztere gilt bis dorthin kraft ihrer abstrakten Natur unabhängig von ihrer prozessualen Zulässigkeit. Und sie entfaltet ihre Wirksamkeit auf Grund einer Art von rechtlicher vis inertiae so lange, als sie nicht aufgehoben wird.

Das hierauf ergehende Urteil verändert also bestimmungsgemäss und unmittelbar die Rechtslage. Vor demselben äussert eine Vollstreckungsmassregel, z. B. eine Pfändung, ihre Rechtsfolgen; nach seinem Erlass ist sie, was den rechtlichen Bestand betrifft, aus der Welt geschafft. Mit Rücksicht auf diese Modifikation der konkreten Rechtslage wird man der richterlichen Entscheidung den konstitutiven Charakter nicht absprechen können. Man könnte von einem Prinzip der Kongruenz reden, nach welchem zahlreiche Entscheidungs- oder Vollstreckungsakte — trotz etwaiger Mängel — so lange wirken, bis sie durch einen gleichwertigen behördlichen Akt ausdrücklich beseitigt werden. Und dieser Akt ist dann eben konstitutiv[155]).

155) Um die Lehre von der Widerspruchsklage hat sich namentlich verdient gemacht Schrutka-Rechtenstamm in Grünhuts Zeitschr. 13 S. 298f.; ferner „Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen" 1888, 1893 (wo freilich die Annahme einer Art von Rechtsmittel — zweiter Teil S. 98f. — gewissen Bedenken begegnen wird). Die umfangreiche Litteratur findet sich angeführt bei Gaupp-Stein 4. Aufl. zu § 771 Anm. 1 und 6; ferner Seuffert zu § 771;



β) Ein Gegenstand, bezüglich dessen ein relatives Veräusserungsverbot besteht, soll wegen eines persönlichen Anspruchs oder wegen eines infolge des Verbots unwirksamen Rechtes nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräussert oder überwiesen werden (§§ 135, 136 BGB. verglichen mit § 772 CPO.). Entsprechendes gilt im Falle der Vorerbschaft von einem Gegenstande des Nachlasses, wenn seine Veräusserung und Überweisung gegenüber den Nacherben unwirksam wäre (§ 2115 BGB. verglichen mit § 773 CPO.). In beiden Fällen ist der Widerspruch des dritten Interessenten durch Klage geltend zu machen.

Auch hier hat das ergehende Urteil konstitutive Natur. Es stellt nicht bloss die Unwirksamkeit des Exekutionsaktes fest, sondern es beseitigt die Vollstreckungsmassregel, die zwar nicht hätte ergehen dürfen, die aber nach ihrem Erlass solange wirkt, bis sie durch förmliches Urteil aufgehoben wird.

Es gelten die gleichen theoretischen Gesichtspunkte, wie bei der vorhin behandelten Widerspruchsklage. Abweichungen bestehen nur insofern, als hier einerseits der Dritte nicht ein subjektives Recht, sondern ein sonstiges rechtlich geschütztes Interesse zum Ausgangspunkte nimmt, und als andererseits die Veräusserung und Überweisung des Gegenstandes in den meisten Fällen gegenüber dem Dritten keine materiellrechtliche Wirksamkeit äussert. Dass aber der Vollstreckungsakt bis zu seiner Aufhebung prozessualen Bestand hat, geht aus dem gesetzlichen Wortlaut hervor. Der Gegenstand soll nicht veräussert werden. Wird er es doch, so behält der betreffende Akt zunächst seine prozessuale Gültigkeit. D. h. er bedarf einer ausdrücklichen Beseitigung.

γ) Führt die Frau ein selbständiges Erwerbsgeschäft, so genügt zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut oder in das Gesamtgut ein Urteil gegen die Ehefrau, „es sei denn, dass zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit der Einspruch des Mannes gegen den Betrieb oder der Widerruf seiner Einwilligung zu dem Betrieb im Güterrechtsregister eingetragen war“ (§ 741 CPO.). Wird vollstreckt, obgleich der Mann dem letzteren Erfordernis genügt hatte,

Langheineken S. 153f. In der Regel wird Feststellungsklage angenommen, so von Gaupp-Stein a. a. O. I S. 512; Seuffert a. a. O. (negative); Langheineken a. a. O. (positive). Desgleichen Kohler, Zeitschrift B. 29 S. 15. — Ähnlich wie hier Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 511f. und Lehrbuch S. 398, 2b, aber unter Annahme eines besonderen publizistischen Widerspruchsrechtes.

so kann derselbe eine Einwendung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gemäss § 766 CPO. erheben[156]).

Fehlt dagegen der Registereintrag, so ist die Vollstreckung in das eingebrachte oder in das Gesamtgut durchaus ordnungsmässig erfolgt, und sie äussert demgemäss ihre volle prozessuale Wirksamkeit. Es kann nun aber sein, dass die vollstreckte Entscheidung selbst gegenüber dem Ehemann in Ansehung des eingebrachten Gutes oder des Gesamtgutes nicht wirksam war: sei es, dass dessen Einspruch oder Widerruf trotz Nichteintragung dem Dritten bekannt war, sei es, dass der Rechtsstreit gar nicht zu denjenigen gehörte, „die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt" [157]). In allen diesen Fällen kann der Mann gegen die Vollstreckung in das eingebrachte Gut oder in das Gesamtgut Widerspruchsklage gemäss § 771 CPO. erheben. Vergleiche § 774 CPO.

Auch hier macht der Ehemann, der wegen seiner Verwaltungs- und Nutzungsrechte an dem Bestande der genannten Gütermassen interessiert ist, ein eigenes, die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht geltend. Und auch hier ist es erst das Urteil, welches die erfolgten — prozessual durchaus ordnungsmässigen — Massregeln in konstitutiver Weise beseitigt.

Die wahre Sachlage tritt bei unserem Falle schon im Gesetze besonders deutlich hervor. Denn durch § 741 CPO. ist die Vollstreckung unbeschränkt und ausdrücklich zugelassen. Und der § 774 CPO. gewährt dem geschädigten Ehemann lediglich ein Korrektiv gegen die an sich vollkommene rechtmässige Exekutionsmassregel. Wir haben es also mit der unzweifelhaften Erscheinung zu thun, dass der Gesetzgeber einerseits einen prozessualen Akt gestattet, andererseits aber dem Interessenten die Möglichkeit seiner Beseitigung durch ein zu erwirkendes Konstitutivurteil gewährt[158]).

---

156) Ob er daneben wahlweise die Widerspruchsklage hat, ist bestritten. Dafür Gaupp-Stein §774 und Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 328 Anm. 38. Dagegen wohl mit Recht Seuffert § 774, 2.

157) Und dass er auch nicht mit Genehmigung des Mannes geführt wird, oder dass doch nicht ein Fall vorliegt, in welchem die Frau ohne dessen Zustimmung mit Wirkung für jene Gütermassen prozessieren kann. Vergl. §§ 1401, 1407, 1450, 1454; ferner §§ 1405, 1452 BGB.

158) Wie hier auch Hellwig, Lehrb. S. 398, 2b Anm. 18. Unrichtiger Weise nehmen Langheineken S. 185 und Schmidt, Nachträge S. 97 eine Analogie mit § 767 CPO. an. Gegen diese fast allgemein verworfene Auffassung siehe schon meine Ausführungen in Grünhuts Zeitschrift Band 28 S. 263.

δ) Endlich ist das Urteil zu erwähnen, welches ergeht, wenn gegen die Rechtmässigkeit eines durch Beschluss angeordneten Arrestes Widerspruch erhoben wird. Das Gericht kann dann, nach Lage des Falles, „den Arrest ganz oder teilweise bestätigen, abändern oder aufheben" (§ 925 CPO.). Im allgemeinen gilt auch für diesen Fall die früher entwickelte Konstruktion.

Wird insbesondere der Arrestbeschluss aufgehoben, so liegt darin nicht die blosse Feststellung, dass derselbe von vorneherein keinen Rechtserfolg geäussert habe. Sondern es wird eine, wenn auch unrechtmässige, so doch bisher durchaus wirksame prozessuale Massregel beseitigt, also eine Veränderung des Rechtszustandes herbeigeführt, wie sie für den Begriff des konstitutiven Urteils bezeichnend ist.

Allerdings ist der Wortlaut des Gesetzes nicht unzweideutig. Nach ihm ist „über die Rechtmässigkeit des Arrestes durch Endurteil zu entscheiden". Damit soll indessen nicht gesagt sein, dass sich das Urteil in der Feststellung der Begründetheit oder Unbegründetheit des früheren Arrestaktes erschöpft. Denn sonst müsste sich das Urteil auf die Bejahung oder Verneinung dieser Frage beschränken. Dagegen wäre eine Veränderung der Massregel undenkbar, wie sie durch § 925 Absatz 2 thatsächlich zugelassen wird. In Wirklichkeit ist Gegenstand des Prozesses die Frage, ob die Massregel aufrecht zu erhalten oder zu beseitigen oder zu verändern sei.

Daraus ergiebt sich, dass die Entscheidung nirgends einen rein feststellenden Charakter hat. Auch, wo sie den Arrest bestätigt, liegt in ihr nicht eine blosse Deklaration des rechtmässig ergangenen Arrestes, sondern die Ausstattung desselben mit einer grösseren Kraft, indem an die Stelle des Beschlusses das Urteil tritt. Die Bestätigung bedeutet also auch hier insofern eine Veränderung, und hat einen ähnlichen Charakter wie die ursprüngliche Anordnung des Arrestes durch Urteil (§ 922 Abs. 1 CPO.)[159]). Wird ferner der frühere Akt beseitigt, so ist ein aufhebendes Konstitutivurteil der hier behandelten Art gegeben. Wird er endlich verändert, so haben wir es mit einer ersetzenden (korrigierenden) Entscheidung in dem unten näher dargelegten Sinne uz thun. Siehe gleich unter 2 S. 179f.

Das richterliche Erkenntnis hat also nicht einen konstanten

---

159) Nur, dass hier ein Arrestbeschluss bereits vorliegt, in dem Falle des § 922 Abs. 1 noch nicht.

Inhalt, wie bei dem Urteil über die Widerspruchsklage des § 771 CPO. Es unterscheidet sich von demselben ausserdem dadurch, dass es sich nicht auf einen Vollstreckungsakt im engeren Sinne, sondern auf eine Sicherungsmassregel bezieht, und dass der Widerspruch, durch den es veranlasst wird, unmittelbar von dem Prozessgegner, nicht von einem Dritten ausgeht[160]).

2. Bei einer zweiten Gruppe beschränkt sich das Urteil nicht auf die Beseitigung des früheren Prozessaktes. Vielmehr ersetzt es denselben durch einen anderen. Es hat insofern nicht bloss negativen Inhalt, sondern trifft selbst eine positive Entscheidung. Seine Funktion liegt in der Abänderung, Verbesserung, Ersetzung einer früheren Massregel, nicht in der blossen Aufhebung einer solchen. Mit Rücksicht darauf kann man die hierher gehörigen Erkenntnisse als ersetzende — korrigierende oder verbessernde — bezeichnen.

a) Wie verhalten sich nun dieselben zu den unter 1 behandelten Entscheidungen?

Zunächst haben sie mit diesen gemeinsam, dass sie ebenfalls die Beseitigung eines Prozessaktes in sich schliessen. Der letztere hat bis zu ihrem Erlass, obgleich er an gewissen formellen oder materiellen Mängeln litt, dennoch vermöge seiner Eigenschaft als einer behördlichen Handlung zu Recht bestanden. Zu seiner Aufhebung ist also ein ausdrücklicher weiterer behördlicher Akt erforderlich, d. h. eben die nunmehr ergehende richterliche Entscheidung. Und in diesem Punkte liegt, namentlich was die jetzt zu besprechende Urteilsart betrifft, der konstitutive Charakter der Entscheidung begründet.

Dagegen unterscheiden sich beide Gruppen in der Weise, dass sich die erstere auf die Beseitigung der Massregel beschränkt, die letztere dagegen eine richtigere an ihre Stelle setzt. In dem einen Fall ist also der Erfolg des Urteils der gleiche, als ob der beseitigte Akt niemals stattgehabt hätte. In dem anderen Fall ist er der gleiche, als ob der Prozessakt in der jetzt geregelten zutreffenderen Art ergangen wäre. Dort wird eine mit der früheren Prozessmassregel verbundene Änderung der Rechtslage wieder rückgängig gemacht; hier wird sie mit anderem Inhalte versehen. Dort hat das Urteil einen einheitlichen Inhalt: Aufhebung. Hier hat es eine doppelte Funktion: einerseits Beseitigung der falschen bezw. nicht

---

160) Vergl. Hellwig, Anspr. und Klagrecht S. 505, d, Lehrbuch I S. 398, h; Gaupp-Stein, Kommentar zu § 925 I.

mehr passenden Entscheidung, andererseits Erlass des angemessenen Erkenntnisses.

Die Urteile der zuletzt erwähnten Art sind aber nicht etwa so aufzufassen, als lägen der Sache nach zwei Entscheidungen vor, die nur äusserlich zu einem Erkenntnisakte verbunden wären. Vielmehr wird die frühere Massregel eben dadurch beseitigt, dass die andere — mit ihr unvereinbare — getroffen wird. Die Aufhebung ist also nur die Kehrseite der Verbesserung. Sie bildet ein Element des einheitlichen Vorganges: Erlass der richtigeren Entscheidung. Und die rechtliche Einheit des Urteils wird nicht dadurch berührt, dass die Thätigkeit des Gerichtes bei genauerer Analyse zwei Bestandteile von verschiedener Art, nämlich einen negativen und einen positiven, erkennen lässt.

Die Unterscheidung dieser beiden Bestandteile hat nun aber für die Konstruktion unseres Institutes eine gewisse Bedeutung. Zunächst liegt in der Vereinigung der beiden zu einem einzigen Urteil der Gegensatz zu einer anderen ebensogut denkbaren Regelung. Der Gesetzgeber könnte nämlich in unserem Falle ebensogut eine Trennung beider Funktionen in verschiedene Urteile vorgeschrieben haben. Dann würde er eben dem Urteil zunächst nur die Aufgabe zuweisen, den früheren Prozessakt zu beseitigen, und es im übrigen den Beteiligten überlassen, in einem weiteren Prozesse statt des nunmehr aufgehobenen Aktes eine neue richterliche Entscheidung zu erwirken.

So könnte z. B. das Urteil, das nach erfolgter Wiederaufnahme des Verfahrens ergeht, sich auf die Beseitigung der früher erlassenen mangelhaften Entscheidung beschränken, d. h. es könnte den Parteien anheimgegeben werden, in einem besonderen Prozess eine positive Entscheidung über die Sache selbst herbeizuführen. Wir hätten es dann mit zwei getrennten Urteilen zu thun, von denen das erste rein aufhebende Natur zeigte, also den unter 1 behandelten Erkenntnissen zugerechnet werden müsste. Wenn nun dem gegenüber das geltende Recht eine einheitliche Entscheidung vorgeschrieben, wenn es also das sog. judicium rescissorium mit dem judicium rescindens verbunden hat, so gilt es im Auge zu behalten, dass eine solche Vereinigung lediglich aus Erwägungen praktischer Zweckmässigkeit, namentlich im Interesse einer Verminderung der Prozesse, nicht dagegen aus zwingenden Gründen der Rechtslogik erfolgt ist[161]).

161) Die Sache liegt ähnlich, wie bei den Urteilen auf Herabsetzung über-

Sodann gewinnen wir aus der begrifflichen Trennung beider Funktionen einen weiteren Gesichtspunkt. Soweit nämlich die ersetzenden Entscheidungen den früheren Prozessakt aufheben, sind sie notwendig rechtsgestaltender Art. Und zwar gehören sie speziell, da sie sich auf frühere Prozessmassregeln beziehen, zu den konstitutiven Urteilen prozessualer Art. Soweit sie dagegen einen positiven Inhalt haben, d. h. an Stelle der beseitigten eine bessere Bestimmung treffen, haben sie nicht notwendig konstitutive Bedeutung, sondern können sie ebenso mannigfaltig sein, wie die Massregeln, welche sie zu ersetzen bestimmt sind.

So können sie z. B. auf blosse Feststellung oder Verurteilung oder Auslösung oder Rechtsgestaltung oder Festsetzung gerichtet sein. Sie können ferner, wenn die beseitigte Entscheidung der (ersten) Klage stattgegeben hatte, ihrerseits nunmehr auf Abweisung derselben lauten, d. h. in diesem spezielleren Sinne feststellend sein. Kurz, während sie in ihrem negativen Bestandteil immer konstitutive Kraft besitzen, können sie in ihrem positiven Inhalt alle Funktionen haben, die dem Civilurteil überhaupt innewohnen können. Sie gehören also nur, was die erstere, nicht auch, was die letztere Beziehung betrifft, in diesen Zusammenhang.

b) Von den Entscheidungen der eben behandelten Art sind namentlich zwei hervorzuheben.

$\alpha$) Zunächst das Urteil, welches der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage gegen ein rechtskräftiges Urteil stattgiebt. §§ 578 ff. CPO.

Die Rechtslage ist hier die, dass eine Entscheidung ergangen ist, die den gesetzlichen Erfordernissen an sich nicht entspricht, sei es, dass die vorhergehende Prozedur an einem wesentlichen Mangel litt, sei es, dass sich die materiellen Grundlagen des Richter-

---

mässiger Leistungen (s. oben § 5 V 2 S. 138 f.). Wie dort der Richter einmal die vertragsmässige Bestimmung aufhebt, soweit sie die Höhe der Verbindlichkeit betrifft, und sodann in einem und demselben Urteile zugleich die angemessene Leistungshöhe an ihre Stelle treten lässt, so wird hier die frühere Prozessmassregel zu gleicher Zeit beseitigt und durch eine bessere ersetzt. Der Unterschied ist nur der, dass die beseitigte Massregel dort auf einem Rechtsgeschäfte der Privaten, hier auf Handlungen staatlicher Organe beruht, und dass ferner im ersten Falle das Urteil in seinem positiven Inhalt immer festsetzende Natur hat, während es in unserem Falle die verschiedensten Funktionen äussern kann. Darüber weiter unten im Text S. 182, 183.

spruches infolge strafbarer Handlungen der im Prozesse thätigen Personen oder infolge der Nichtberücksichtigung nachträglich aufgefundener Urteile oder Urkunden, als unzulänglich oder unrichtig erwiesen haben. Trotzdem ist die Entscheidung nicht etwa nichtig. Sie erlangt, als wäre sie ordnungsmässig zu stande gekommen, formelle und materielle Rechtskraft, — weshalb denn auch die nachträgliche Wiederaufnahmeklage auch nicht als Rechtsmittel aufzufassen ist. Sie bleibt ferner so lange in Kraft, bis sie durch ein Urteil aufgehoben wird.

Das letztere hat insoweit konstitutive Bedeutung. Es beschränkt sich aber keineswegs auf die Beseitigung des mangelhaften Urteils, sondern prüft und entscheidet in dem gleichen Verfahren zugleich auch positiv die Frage des früheren Prozesses, die sogenannte Hauptsache. Zwar kann das Verfahren in der Art zerlegt werden, dass zunächst über die Wiederaufnahme und dann erst über die Hauptsache verhandelt wird. Dagegen ist das Urteil selbst ein einheitliches, indem es zunächst die Aufhebung der alten und den Erlass einer neuen richterlichen Entscheidung in sich schliesst.

Und zwar kann diese entweder die ursprüngliche Klage abweisen: dann ist sie feststellend. Oder sie kann dieselbe zusprechen: dann ist sie, je nach Lage des Falles, wie schon früher hervorgehoben, deklarativ (bloss feststellend oder verurteilend), auslösend, festsetzend oder konstitutiv. Wir haben es also mit dem vorhin geschilderten Typus des ersetzenden oder korrigierenden Urteiles zu thun[162]).

*β*) Hierher gehören auch die Bestimmungen der §§ 323, 324 CPO.

*αα*) „Tritt im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse ein, welche für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung massgebend waren, so ist jeder Teil berechtigt, im

---

162) Für die konstitutive Natur erklären sich namentlich Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 489, sowie Lehrbuch § 62 I 1a S. 397; Stein in Birkmeyers Encykl. S. 1173; Gaupp-Stein, Komm., Vorbemerk. zum 4. Buch I und II, wo freilich S. 134 ungenau davon die Rede ist, es bedürfe „zur Feststellung der Nichtigkeit" einer Anfechtung und Aufhebung des Urteils in einem besonderen Verfahren. Richtig auch Langheineken S. 259f., während Schmidt, Lehrb. S. 142 Anm. 1 von einer Feststellung spricht.

Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen". § 323 Abs. 1 CPO.[163]).

Auch diese Entscheidung hat unbestreitbar konstitutiven Charakter. Sie bewirkt nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Abänderung des ergangenen Urteils. D. h. sie beseitigt für die Zukunft[164]), die bisher geltende Bestimmung. Aber sie ersetzt sie zugleich durch eine angemessenere, den inzwischen modifizierten Verhältnissen, Umständen besser entsprechende Normierung des Verhältnisses. Es ist auch hier die speziellere Unterart der ersetzenden Entscheidung gegeben.

Das Urteil hat also die gleiche begriffliche Natur wie dasjenige, welches auf Nichtigkeits- oder Restitutionsklage ergeht. Es unterscheidet sich von diesem nicht in seinem rechtlichen Wesen, sondern in mehr untergeordneten Punkten. Bei der Wiederaufnahme des Verfahrens wird eine Entscheidung verändert, welche von vorneherein zu Unrecht ergangen war. Dieselbe erscheint, wenn auch prozessual durchaus wirksam, so doch von dem Moment ihres Erlasses ab als unrechtmässig.

Im Falle des § 323 CPO. dagegen war das Urteil sachlich vollkommen gerechtfertigt. Der Richter ist hier, da es sich um künftig fällig werdende Leistungen handelt, genötigt, seine Verurteilung an und für sich nicht nur der gegenwärtigen, sondern auch der späteren Sachlage anzupassen, d. h. gewissermassen eine Prognose anzustellen. Er hat dieselbe nach Massgabe des bei Fällung seiner Entscheidung gegebenen Prozessmateriales in richtiger Weise getroffen. Und sein Urteil erscheint, solange diese Umstände unverändert bleiben, nicht bloss prozessual wirksam, sondern auch materiell durchaus rechtmässig.

Während also das mit einem Restitutions- oder Nichtigkeitsgrund behaftete Urteil von Rechtswegen keinen Moment hätte gelten sollen, ist in unserem Falle die Entscheidung so lange innerlich gerechtfertigt, als die Sachlage sich gegenüber dem Stande der letzten mündlichen Verhandlung nicht modifiziert. Erst wenn eine Veränderung der Umstände eintritt, entsteht ein Be-

---

163) Diese Bestimmung ist dem § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 nachgebildet. Diese Bestimmung ist nunmehr überflüssig geworden, und daher durch Art. 42 III EG. BGB. beseitigt. Siehe Jäger, Umwandlungsklage im deutsch. Haftr. 1898.

164) Dies folgt aus § 323 Abs. 3 CPO.: „Die Abänderung des Urteils darf nur für die Zeit nach Erhebung der Klage erfolgen."

dürfnis dafür, das Urteil, welches nach seiner ganzen Natur auf Fortwirkung für die Zukunft berechnet war, von jetzt ab zu modifizieren. Hier wird also das Erkenntnis als ein unrichtig gewordenes, dort als ein von vorneherein ungerechtfertigtes beseitigt und ersetzt. Hier wird seine Fortwirkung, dort seine Wirkung überhaupt verändert.

Man könnte aus diesen Gründen geneigt sein, die Klage des § 323 CPO. der sog. Vollstreckungsgegenklage an die Seite zu stellen (s. oben S. 165f.). Und in der That hat sie mit dieser gemeinsam, dass die Entscheidung, auf die sie sich bezieht, nach dem Massstabe der letzten mündlichen Verhandlung beurteilt, materiell völlig gerechtfertigt war, und dass sich erst nach diesem Zeitpunkte die gegebenen Umstände verändert haben. (Vergl. § 767 Abs. 2 mit § 323 Abs. 2 CPO.)

Allein trotzdem besteht eine wesentliche Verschiedenheit. Bei der Vollstreckungsgegenklage wird das Urteil regelmässig insofern auf kürzere Dauer berechnet sein, als es eine einfache, in einmaliger Handlung sich erschöpfende Leistung zum Gegenstande hat. In unserem Falle dagegen ist sie auf wiederholte, künftig fällig werdende Leistungen gerichtet. Dort ist daher dem Interesse des Schuldners schon gedient, wenn er die für ihn wesentliche, weil am meisten einschneidende Wirkung des Urteils, nämlich dessen Vollstreckung verhindert. Hier muss er mit Rücksicht auf die fortdauernde Wirksamkeit der Entscheidung das Urteil selbst verändern lassen.

So wird denn auch in dem ersteren Falle der Richterspruch selbst nicht berührt, sondern, wie früher (S. 165f.) ausführlich dargelegt, nur eine Seite seiner Wirksamkeit, nämlich die Vollstreckung, beseitigt. In dem anderen Falle aber wird das Urteil selbst, ganz unabhängig von seiner Vollstreckung, den veränderten Umständen angepasst. Dort wird mit anderen Worten das Erkenntnis in seiner weiteren Wirkung, nämlich in seiner Vollstreckungsfunktion, hier in seinem inneren Kern, d. h. unmittelbar in seiner Rechtsprechungsfunktion, geändert. Deshalb hat auch bei der Vollstreckungsgegenklage das Urteil rein negative Bedeutung, während es bei der Klage des § 323 CPO. positiven Inhalt hat[165]).

165) Die richtige Auffassung findet sich namentlich bei Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 167 Anm. 14; Langheineken S. 261 ff. (mit weiteren Citaten), und Gaupp-Stein, Kommentar zu § 323 und Band I S. 514.

ββ) Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Falle des § 324 CPO. Das Urteil, welches gemäss den §§ 843—845, 1578—1582 BGB. zur Entrichtung einer Geldrente verurteilt, hat auf Sicherheitsleistung nicht erkannt. Nachträglich tritt nun eine erhebliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Verpflichteten ein. Der Berechtigte kann dann eine Sicherheit „verlangen", d. h. mit anderen Worten, auf Verurteilung des Verpflichteten zu ihrer Leistung klagen. Desgleichen kann er unter den gleichen Voraussetzungen, wenn eine Sicherheitsleistung zwar auferlegt war, infolge späterer Modifikationen aber sich als unzulänglich erweist, auf Leistung einer höheren Kaution Klage erheben.

Auch in diesen beiden Fällen handelt es sich um eine Veränderung des ersten Urteils. Die Sache ist nicht so aufzufassen, als bliebe das erste Urteil unberührt und als trete neben dasselbe ein zweites Erkenntnis ergänzenden Inhaltes[166]). Denn die Verurteilung zur Sicherheitsleistung (oder zur höheren Kaution) hat an und für sich keine selbständige Bedeutung. Sie hat nur Sinn im Zusammenhalte mit der auf den Unterhalt gerichteten ersten Verurteilung. Demgemäss nimmt die zweite Entscheidung die erste mit in ihren Inhalt auf. Sie absorbiert gewissermassen dieselbe bezw. ersetzt sie durch eine andere. Die beiden Urteile, von denen das erste pure auf Unterhalt, das andere auf Alimentation und zugleich auf Sicherheitsleistung dafür kondemniert, treten nicht nebeneinander als prinzipales und ergänzendes Urteil, sondern die zweite Entscheidung tritt verbessernd an die Stelle der ersteren.

Dies Verhältnis tritt hier nicht so scharf hervor, wie in dem Falle des § 323 BGB. Im übrigen aber sind die begriffliche Natur unseres Erkenntnisses, seine gesetzespolitische Rechtfertigung, seine Beziehung zu den rein aufhebenden Entscheidungen und zum Urteil über die Vollstreckungsgegenklage genau die gleichen, wie in dem vorhin behandelten Falle. Es kann demnach auf die oben S. 183 f. dargelegten Gesichtspunkte zurückverwiesen werden.

166) Etwa in der Art wie bei der Ergänzung des unvollständigen Urteils gemäss § 321 CPO.

# Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten, 1 f. = S. 1 und folgende; N = Anmerkung.)

# Quellenregister.

## Bürgerliches Gesetzbuch.



## Civilprozessordnung.

## Handelsgesetzbuch.



## Konkursordnung.



## Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889.



## Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892.



## Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891.



## Gesetz, betreffend den Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894.



## Gesetz über die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt.



## Gesetz, betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894.



## Gesetz, betreffend die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.



## Gebührenordnung für Rechtsanwälte.



## Gewerbeordnung.



---

Druck von J. B. Hirschfeld, Leipzig.


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS




Printed
in
Germany

